

Gesellschaftsrechtliche Probleme des
Organverhältnisses bei einer Aktien-
gesellschaft, mit Ausblick auf den
Regierungsentwurf zu einem neuen
Aktiengesetz

Max Vogt

2
1960

GESELLSCHAFTSRECHTLICHE PROBLEME DES OR-
GANVERHÄLTNISSES BEI EINER AKTIENGESELL-
SCHAFT, MIT AUSBLICK AUF DEN REGIERUNGS-
ENTWURF ZU EINEM NEUEN AKTIENGESETZ



Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Max Vogt

1960

Referent: Professor Dr. Carl Meier
Korreferent: Professor Dr. H. Kötz
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1960



Referent: Professor Dr. Rolf Dietz
Korreferent: Professor Dr. H. Krause
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1960

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
I. Allgemeines	11
1. Entstehung	1
2. Wesenstlicher Aufbau des Organismus	2
3. Grund der Entwicklung	3
4. Arten der Entwicklung	4
II. Theorie der Entwicklung nach der Theorie der Organogenese	5
1) Die Entwicklung im Organismus	5
2) Die Entwicklung im Organismus	6
III. Die Entwicklung im Organismus	13
1. Allgemeine Entwicklung des Organismus	13
2. Die Entwicklung des Organismus	13
3) Die Entwicklung des Organismus	13
4) Die Entwicklung des Organismus	13
5) Die Entwicklung des Organismus	13
IV. Die Entwicklung des Organismus	13
1) Die Entwicklung des Organismus	13
2) Die Entwicklung des Organismus	13
3) Die Entwicklung des Organismus	13
4) Die Entwicklung des Organismus	13
5) Die Entwicklung des Organismus	13
V. Die Entwicklung des Organismus	13
1. Die Entwicklung des Organismus	13
2) Die Entwicklung des Organismus	13
3) Die Entwicklung des Organismus	13
4) Die Entwicklung des Organismus	13
5) Die Entwicklung des Organismus	13
VI. Die Entwicklung des Organismus	13
1. Die Entwicklung des Organismus	13
2) Die Entwicklung des Organismus	13
3) Die Entwicklung des Organismus	13
4) Die Entwicklung des Organismus	13
5) Die Entwicklung des Organismus	13

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VII
A. Einleitung	1
B. Wirtschaftlicher Tatbestand des Organverhältnisses	4
I. Gründe für die Entstehung	4
II. Arten der Gründung	6
III. Wirkung der Eingliederung auf das Unternehmen der Organgesellschaft	7
1) Das Unternehmen im objektiven Sinn	8
2) Das Unternehmen im subjektiven Sinn	11
C. Die Organtheorie im Steuerrecht	13
I. Allgemeines (Methodik, Verhältnis von Steuerrecht und Privatrecht)	13
II. Die Entwicklung der Organtheorie	15
1) Die Rechtsprechung des PROVG	15
2) Die Rechtsprechung des RFH	17
3) Die Voraussetzungen im einzelnen	20
III. Die Gewinn- und Verlustausschlußvereinbarung im Körperschaftssteuerrecht	22
1) Unterschied der Organschaft im Gewerbe- und Umsatzsteuerrecht einerseits und Körperschaftssteuerrecht andererseits	22
2) Die Beurteilung der Gewinn- und Verlustübernahmevereinbarung im Körperschaftssteuerrecht	24
D. Die Rechtsnatur des Organvertrages	29
I. Ist der Organvertrag schuldrechtlicher Natur?	29
II. Der Organvertrag als Grundlage der Unternehmenszuordnung	32
1) Allgemeines über die Unternehmensverbindung	32

2) Ausschluß des eigenen Willens und Übertragung der Leitungsmacht	36
3) Fusionsähnliche Vermögenseinheit und Ergebnisausschluß	42
III. Abgrenzung des Organvertrages von schuldrechtlichen Typen der Unternehmensverträge	44
IV. Vergleich des Organvertrages mit Gesellschaftsvertrag und Verschmelzungsvertrag	49
E. Die Organschaft in ihrem Verhältnis zur "Selbständigkeit" der Aktiengesellschaft	53
I. Das Problem und die organisationsrechtlichen Grenzen organschaftlicher Eingliederung	53
1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	54
2) Die Notwendigkeit gesetzlicher Organe	55
II. Die Zulässigkeit der Willensunterwerfung bei Einhaltung der organisationsrechtlichen Grenzen	57
1) Die juristische Person als ethisch wertfreies Gebilde	57
2) Die Einstellung des Gesetzgebers	60
F. Die Organschaft in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung	65
I. Allgemeines über die Vermögensbindung	65
II. Einführung in das Problem	66
III. Die Organschaft im Verhältnis zu den Zwecken der Vermögensbindung	69
1) Die Erhaltung des Grundkapitals	70
2) Die Sicherung der Kompetenzverteilung	77
3) Die Gleichbehandlung der Aktionäre	79
4) Der Ausweis des Gewinns in der Bilanz	80
IV. Die Regelung des Regierungsentwurfs	81
G. Der Minderheitenschutz beim Organverhältnis	85
I. Formeller Minderheitenschutz	85

	Seite
1) Das geltende Recht	85
2) Die zukünftige Regelung	88
II. Materieller Minderheitenschutz	90
1) Die materiellen Schranken der Mehrheitsherrschaft	90
2) Der Ausgleichsanspruch der Minder- heit	97
a) Die Berufung auf schutzwürdige Belange (§ 101 III AktG)	97
b) Der Minderheitenschutz bei Um- wandlung, Fusion und Liquidation und dessen rechtsanaloge Anwendung	99
c) Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären?	102
III. Der Inhalt des Ausgleichsanspruchs und die Regelung des Regierungsentwurfs	105



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

(Entscheidungssammlungen, Zeitschriften)

a. a. O.	= am angeführten Ort
AcP	= Archiv für zivilistische Praxis
Anm.	= Anmerkung
ArchBürgR	= Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	= Artikel
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Aufl.	= Auflage
Aktiengesellschaft	= Zeitschrift: Die Aktiengesellschaft
BB	= Zeitschrift: Betriebsberater
Bd.	= Band
BDI-DIH	= Bundesverband der Deutschen Industrie Deutscher Industrie- und Handelstag
BFH Slg	= Sammlung der Entscheidungen und Gut- achten des Bundesfinanzhofs
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BStBl	= Bundessteuerblatt
DB	= Zeitschrift: Der Betrieb
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DStZ	= Deutsche Steuerzeitung
DRAnz	= Deutscher Reichsanzeiger
GewStG	= Gewerbesteuerergänzungsgesetz
GenG	= Genossenschaftsgesetz
GewStDV	= Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= GmbH-Gesetz
Großkomm.	= Großkommentar
HGB	= Handelsgesetzbuch
JZ	= Juristenzeitung
JW	= Juristische Wochenschrift
MitbestEntG	= Mitbestimmungsergänzungsgesetz
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift

VI

OVGSt	= Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen
o.	= oben
PrOVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht
RefE	= Referentenentwurf
RegE	= Regierungsentwurf
RFH Slg	= Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	= siehe
S.	= Seite
StuW	= Steuer und Wirtschaft
UStG	= Umsatzsteuergesetz
UStDB	= Umsatzsteuer-Durchführungsbestimmungen
u.	= unten
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	= vergleiche
ZfB	= Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
zit.	= zitiert

LITERATURVERZEICHNIS

Titel ohne Angabe der Zitierweise (zit.:) werden nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

Adler-Düring-Schmalz: Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1957

Ballerstedt, Kurt: Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949 (zit.: Ballerstedt, Kapital)

Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organshaft, Der Betrieb 1956 S. 813 ff., S. 837 ff.

Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organ-schaftsvertrag, Der Betrieb 1957 S. 837 ff.

Baumbach-Hueck: Kommentar zum Aktiengesetz, 9. Aufl., München 1956

Brandt Hermann: Die zivilrechtliche Stellung der Organ-gesellschaft, Dissertation Göttingen 1931

Brecher Fritz: Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 46, 1953

Bühler Ottmar: Das Steuerrecht der Gesellschaften und Kon-zerne, 3. Aufl., Berlin, Frankfurt 1956

Bundesverband der deutschen Industrie - Deutscher Indu-strie- und Handelstag: Steuerliche Behandlung der Divi-dendengarantie im Rahmen einer steuerlich anerkannten Organschaft mit Gewinnabführungsvereinbarung, Gemein-schaftliches Gutachten vom 6. 8. 1956, Betriebsberater 1957, Sonderbeilage Heft 14, S. 9 ff. (zit: BDI-DIH Gut-achten)

Bundesverband des privaten Bankgewerbes e. V. Köln: Denkschrift zur Reform des Aktienrechts 1958

Deutscher Industrie- und Handelstag: Zur Reform des Ak-tienrechts, Schriftenreihe Heft 30

Dorpalen: Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR Bd. 102 S. 1 ff.

Duden Konrad: Aktienrechtliche Fragen zur Organschaft mit einem Großaktionär, Betriebsberater 1957 S. 49 ff.

Die Diskussion über das Konzernrecht, Betriebsberater 1957 S. 1230 ff.

Zum Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes, Be-triebsberater 1958 S. 1101 ff.

Fechner Erich: Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942 (zit.: Fechner, Treubindungen)

Filbinger Hans: Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht, Freiburg 1942

Fischer Curt E.: Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktiengesetzes, AcP Bd. 154 S. 85 ff., S. 181 ff.

Aktienrechtsreform als Beitrag zur Wirtschaftsordnung, ZfB 1954 S. 76 ff.

Fischer Robert: Die Grenzen der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954 S. 76 ff.

Fischer, Schmidt, Meyer-Landrut: Großkommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1957 (zit.: Großkomm. und Verfasser)

Flume Werner: Steuerwesen und Rechtsordnung, Festschrift für Rudolf Smend, Rechtsprobleme in Staat und Wirtschaft, 1952 S. 58 ff.

Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, Der Betrieb 1956 S. 455 ff.; S. 672 ff.

Die Organschaft im Gewerbesteuerrecht, Der Betrieb 1955 S. 485

Die Organschaft im Handels- und Steuerrecht, Methodologische Betrachtung zur BFH-Rechtsprechung, Steuerberaterjahrbuch 1958/59 S. 283 ff.

Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform, Der Betrieb 1959 S. 190 ff.

Das Gutachten des BFH zur Besteuerung der Dividendengarantie bei Organverhältnissen, Der Betrieb 1957 S. 439

Das Konzernrecht des Aktienrechtsentwurfs, Handelsblatt 1958 Nr. 136 und Nr. 140 jeweils S. 5 ff.

Frankenberg Ph.: Die konzernmäßige Abhängigkeit, Zürich 1937

Friedländer Heinrich: Konzernrecht, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1954 (zit.: Friedländer, Konzernrecht)

Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, Zürich 1938 (zit.: Friedländer, Rechtspraxis)

Gadow, Heinichen, Eb. Schmidt, W. Schmidt, Weipert: Großkommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939, 1. Aufl. (zit.: Großkomm. Gadow-Weipert)

Garke Karl Hans: Die Organtheorie im Steuerrecht, Diss., Heidelberg 1934

Geßler: Die Mitbestimmung in Holdinggesellschaften des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, Betriebsberater 1956 S. 625 ff.

v. Gierke Julius: Der Referentenentwurf, ZHR Bd. 122 S. 1 ff.

Gieseke Paul: Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen, Beiträge in Handels- und Wirtschaftsrecht S. 606 ff.

Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens in Festschrift für Ernst Heymann, Weimar 1940, S. 115 ff.

Girgensohn W.: Der Minderheitenschutz im Entwurf des neuen Aktiengesetzes, Aktiengesellschaft 1959 S. 29 ff.

v. Godin Reinhard: Nutzungsrecht am Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949

v. Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950

Hamburger Georg: Die Organgesellschaft in Gedächtnisschrift für Seckel, Berlin 1927 (zit.: Hamburger, Organgesellschaft)

Haussmann Fritz: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926 (zit.: Haussmann, Grundlegung)

Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1932 (zit.: Haussmann, Praxis)

Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923 (zit.: Haussmann, Tochtergesellschaft)

Die Interessengemeinschaft, ein Beitrag zur Lehre von den Unternehmenszusammenfassungen, Festschrift für Heinitz, Berlin 1926

Organtheorie und Filialtheorie im deutschen und internationalen Steuerrecht, Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht, 1931 S. 398 ff. (zit.: Haussmann, Organtheorie)

Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim, Berlin 1928 (zit.: Haussmann, Aktienwesen)

Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1953 S. 417 ff., Tübingen 1954

Hueck Alfred: Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. IV, Berlin, Leipzig 1929 (zit.: Hueck, RG Praxis)

Der Treugedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1944/46 Heft 7, München 1947 (zit.: Hueck, Treugedanke)

Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge, Der Betrieb 1959 S. 223 ff.

Gesellschaftsrecht, München, Berlin 1957, 7. Aufl.

Issay R.: Recht am Unternehmen, Berlin 1910

Joss Robert: Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Aarau 1935

Juristentag Deutscher, Studienkommission: Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Teil I Berichte der Ausschüsse I und II, Tübingen 1955

Kern Peter: Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, Berlin 1955

Koberstein G.: Unternehmenszusammenschlüsse, Essen 1955

Köhler Herbert: Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform, JZ 1956 S. 137 ff.

Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, JZ 1959 S. 110 ff.

Krähe Dr. Arbeitskreis der Schmalenbachgesellschaft: Konzernorganisation und Abteilungsgliederung im industriellen Unternehmensverbund, Köln 1952

Kronstein Heinrich: Die abhängige juristische Person, München, Berlin, Leipzig 1931

Kropft: Konzernrechtliche Vorschriften im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, NJW 1959 S. 173 ff.

Küster W.: Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954

Lehmann Karl: Einzelrecht und Mehrheitswille, ArchBürgR Bd. 9 S. 297 ff.

Liefmann Robert: Die Unternehmungen und ihre Zusammenschlüsse, Stuttgart 1930

Maurer Hans: Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Kartell und Konzern, Züricher Beiträge Heft 195, 1955

Meise Agnes: Zivilrechtliche Probleme der Organschaft, Diss. Frankfurt a. M. 1937

Mestmäcker E. J.: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958 (zit.: Mestmäcker, Verwaltung)

Möhring Ph.: Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? DRiZ 1957 S. 203 ff.

Mohndorf: Gegenwartsfragen der Gewinn- und Verlustabschließungsvereinbarung, Steuerberaterjahrbuch 1950 S. 185 ff.

Müller-Freienfels Wolfram: Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP Bd. 156 S. 522 ff.

Naegeli Eduard: Die Doppelgesellschaft, Zürich Bd. I 1936, Bd. II 1941

Pleyer K.: Aktienrecht und Unternehmenskonzentration, Aktiengesellschaft, 1959 S. 8 ff., S. 39 ff.

Rasch Harold: Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin 1955 (zit.: Rasch, Konzernrecht)

Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag, Tübingen 1957 (zit.: Rasch, Gutachten)

Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Betriebsberater 1959 S. 165 ff.

Rautmann: Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Beiträge zur Aktienrechtsreform 1959

Referentenentwurf eines Aktiengesetzes vom 7. 10. 1958, veröffentlicht vom Bundesjustizministerium, Bundesanzeiger Verlags G.m.b.H.

Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Bundesanzeiger Verlags G.m.b.H.

Rosendorff: Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin, Wien 1927

Schilling Wolfgang: Konzernfragen, JZ 1957 S. 528 ff.

Schlegelberger-Quassowski-Geßler-Hefermehl: Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939, 3. Aufl. (zit.: Schlegelberger)

Schmidt Walter: Konzernrechtliche Kodifikation? NJW 1957 S. 137 ff.

Schönwandt M.: Ergebnisausschlußverträge mit Wirkung auf Gläubigerschutz und Besteuerung, Betriebsberater 1952 S. 727

Schultze-Schlutius Hans: Die Organtheorie unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalgesellschaften, Düsseldorf 1956

Serick Rolf: Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin, Tübingen 1955 (zit.: Serick, Rechtsform)

Steinberg: Organschaft und Ergebnisabführungsvertrag im Körperschaftssteuerrecht, Betriebsberater 1959 S. 497 ff., S. 628 ff.

Teichmann-Köhler: Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950

Veith-Börnstein: Kommentar zum Umwandlungsgesetz und Umwandlungssteuergesetz, München, Berlin 1958

v. Wallis: Zur handels- und steuerrechtlichen Beurteilung von Gewinn- und Verlustausschlußverträgen der Aktiengesellschaft im Rahmen der Organschaft, Aktiengesellschaft 1957 S. 99 ff.

Weisbart: Aktiengesellschaft und Konzern, 6. Abschnitt des Werkes: Die Praxis der Aktiengesellschaften, herausgegeben von Ring-Schachian, Berlin 1929 (zit.: Weisbart bei Ring-Schachian)

Wieland Karl: Handelsrecht, München, Leipzig 1921, Bd. I; Bd. II, Die Kapitalgesellschaften, 1931 (zit.: Wieland, Handelsrecht; Wieland, Kapitalgesellschaften)

Wirtschaftsprüfer Institut der, Ergänzende Vorschläge des Ausschusses zu Konzernfragen

Wolff H. J.: Organschaft und juristische Person, Bd. I, Berlin 1933, Bd. II, Berlin 1934 (zit.: Wolff, Organschaft I und II)

Würdinger Hans: Aktienrecht, Karlsruhe 1959 (zit.: Würdinger, Aktienrecht)

Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung, Der Betrieb 1957 S. 961

Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes, Der Betrieb 1958 S. 1447 ff.

Zartmann: Zeitgemäße Probleme der Organschaft, Betriebsberater 1952 S. 353 ff.

A. Einleitung

Als Folge einer wirtschaftlichen Strukturwandlung, die den Zug zur Unternehmenskonzentration widerspiegelt, haben sich in zunehmendem Maße Konzerne gebildet. Die bedeutsamste Erscheinung auf dem Gebiet des Aktienrechts ist dabei die Verdrängung des privaten Aktionärs durch den Unternehmensaktionär. Das bedeutet, daß die Gesellschaft mit weit gestreutem Aktienbesitz - das Leitbild der bisherigen aktienrechtlichen Gesetzgebung - mindestens der Zahl nach zur Ausnahme geworden ist und die Gesellschaften überwiegen, auf deren Geschicke ein Großaktionär, regelmäßig ein anderes Unternehmen, maßgebenden Einfluß ausübt und deren Geschäftsführung auf das Interesse des anderen Unternehmens ausgerichtet ist¹⁾. In der juristischen Literatur der letzten Jahre werden daher oft Probleme erörtert, die durch diese Kluft zwischen Gesetz und Rechtswirklichkeit²⁾ entstanden sind. Der Regierungsentwurf zu einem neuen Aktiengesetz bringt bereits Vorschriften, die als Grundzüge einer Konzernverfassung angesehen werden müssen.

In der Diskussion zeichnet sich eine große Zweiteilung der Konzerne ab, einerseits der "schlichten Konzernverhältnisse"³⁾, die durch bloße Beteiligung oder sonstwie⁴⁾ im Sinne von § 15 AktG entstehen, und andererseits der Konzernverbindungen, denen eine förmliche Festlegung meistens durch Vertrag zu Grunde liegt. Aus der letzten Gruppe bedient sich die deutsche Konzernpraxis seit Jahrzehnten einer Form der Unternehmensverbindung, bei der die Unselbstständigkeit in der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit so weit geht, daß die untergeordnete Gesellschaft nach einer Formulierung des Steuerrechts "keinen eigenen Willen mehr hat" und ihr Betrieb wirtschaftlich betrachtet nur mehr einer unselbstständigen Abteilung des Unternehmens der Obergesellschaft entspricht. Für die vertragliche Grundla-

1) RefE S. 385

2) Vgl. Fischer AcP 154/85 ff und 121 ff

3) Duden in BB 1957/1232

4) z. B. durch Personalunion der leitenden Persönlichkeiten

ge dieser radikalen Eingliederung hat sich der Name Organvertrag eingebürgert.

Die mächtigsten Impulse für die organschaftliche Unternehmensverbindung sind vom Steuerrecht ausgegangen, die steuerliche Praxis hat den Begriff des Organverhältnisses entwickelt und diese wirtschaftliche Einheit für ihre Zwecke anerkannt. Das ändert aber nichts daran, daß es sich dabei primär um einen zivilrechtlichen Tatbestand handelt, weil auch die Organgesellschaft ein privatrechtliches Gebilde ist¹⁾. Die steuerliche Betrachtung hat so sehr im Vordergrund gestanden, daß sie die zivilrechtliche Seite nahezu verdeckt hat. Es wurde lange Zeit übersehen, daß die Organschaft auch gesellschaftsrechtliche Probleme aufwirft. Gerade die neuesten Entscheidungen der Steuerrechtsprechung²⁾ haben den Anstoß zu gründlicheren Untersuchungen auch in dieser Richtung gegeben.

Die vorliegende Arbeit soll dazu einen kleinen Beitrag leisten. Am Anfang steht eine allgemein wirtschaftliche Darstellung (s. u. B). Dem folgt die steuerrechtliche Behandlung der Organschaft, ein Teil, ohne den das Organverhältnis nicht verständlich ist (s. u. C). Die eigentliche zivilrechtliche Untersuchung geht von der Rechtsnatur des Organvertrages aus (s. u. D) und stellt im wesentlichen drei Probleme in den Mittelpunkt.

Die Organgesellschaft ist willenloses Werkzeug der Obergesellschaft; daraus ergibt sich die Frage, ob eine so weitgehende Einschränkung der Selbständigkeit der Untergesellschaft³⁾ überhaupt möglich ist (s. u. E). Durch die völlige Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der Organgesellschaft auf das unternehmerische Interesse der Muttergesellschaft

1) Rasch, Konzernrecht S. 83

2) BFH in BStBl 1957 III Nr. 106 S. 134

3) Durch eine Abwechslung im Ausdruck zwischen Organ-, Unter- und Tochtergesellschaft einerseits und Organträger, Ober- und Muttergesellschaft andererseits soll kein sachlicher Unterschied ausgedrückt werden.

und die damit verbundene Gewinnabführung droht die Gefahr, daß die Vermögenssubstanz der Tochtergesellschaft geschmälert wird und die Gläubiger geschädigt werden. Daraus folgt das Problem, wie sich das Organverhältnis mit den Grundsätzen der Vermögensbindung verträgt (s. u. G). Schließlich sind durch die heteronom bestimmte Leitung der Organgesellschaft die Interessen der Minderheitsaktionäre gefährdet, womit die Frage nach ihrem Schutz gestellt ist (s. u. H). Die Arbeit beschränkt sich auf das geltende Recht, überprüft die Ergebnisse aber mit Ausblick auf den Regierungsentwurf zu einem neuen Aktiengesetz.

Die Organschaft wirft eine Fülle von Problemen auf, eine Vollständigkeit konnte nicht erstrebt werden. Dies ergibt sich schon daraus, daß das Organverhältnis nur eine Möglichkeit aus der Vielzahl von Konzernverbindungen bildet und damit auch ständig Fragen berührt, die das Konzernrecht und dessen Regelung ganz allgemein angehen. Es sei hier nur an die Schwierigkeit der Übereinstimmung von Leitungsmacht und Verantwortung erinnert. Die Organschaft ist andererseits die wichtigste Form konzernmäßiger Unterordnung und gleichzeitig der schärfste Fall der Abhängigkeit, so daß die typischen Konzernkonflikte hier besonders deutlich auftauchen. Eine Beschränkung des Themas war auch insoweit geboten, als das Organverhältnis nur behandelt wird, wenn die Organgesellschaft eine Aktiengesellschaft ist; andere Gesellschaftsformen blieben unberücksichtigt. Auch besondere Fragen der sogenannten Doppelgesellschaft (z. B. ein Syndikat in der Form der BGB-Gesellschaft - tritt nach außen als Aktiengesellschaft oder GmbH auf -) bleiben außer Betracht¹⁾.

1) Vgl. Naegeli, Doppelgesellschaft Bd. I 1936; Bd. II 1941

B. Wirtschaftlicher Tatbestand des Organverhältnisses

Das Wesen der Organgesellschaft besteht kurz gesagt darin, daß sie nach außen selbständig im Geschäftsverkehr auftritt, im Innenverhältnis aber auf Grund ihrer wirtschaftlichen, finanziellen und organisatorischen Eingliederung¹⁾ in das Unternehmen der Obergesellschaft ausschließlich für deren Rechnung und nach deren Anweisung handelt²⁾. Im folgenden soll dieser Sachverhalt kurz von seiner wirtschaftlichen Seite betrachtet werden.

I. Gründe für die Entstehung

Die Gründe für die Entstehung von Organverhältnissen decken sich weitgehend mit denen, die für die Konzernbildung überhaupt maßgebend sind. Es ist nicht Sinn der Arbeit, diese hier ausführlich darzustellen, es mag mit einer kurzen Skizzierung getan sein. Im übrigen soll auf das Spezialschrifttum verwiesen werden³⁾.

Man will die Vorteile zentraler Leitung mehrerer Betriebe, die Möglichkeit der Konzentration aller finanziellen Mittel an einer Stelle mit den Vorteilen verbinden, die die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Glieder einer wirtschaftlichen Einheit bietet: der Verteilung des Risikos, der Erhaltung eines eingeführten Firmennamens, der Trennung verschiedener wirtschaftlicher Funktionen (Produktion, Einkauf, Verkauf) innerhalb desselben Geschäftszweiges, der leichteren Veräußerlichkeit von Teilbetrieben⁴⁾.

Die Entstehung einer Organschaft kann man auf produktions-technische, marktwirtschaftliche oder sonstige Ursachen

1) Die Definition der Steuerrechtsprechung wird hier zum Teil vorweggenommen, vgl. u. S. 19

2) von Wallis, Aktiengesellschaft 1957/99

3) Krähe, Konzernorganisation S. 13 ff.; Koberstein, Unternehmenszusammenschlüsse S. 14 ff.; Rasch, Konzernrecht S. 4 ff.; Haussmann, Grundlegung

4) Rasch, Konzernrecht S. 83

zurückführen. In aller Regel bedingen diese Gründe nebeneinander den Zusammenschluß¹⁾. Typisch produktionstechnische Gründe sind z. B. die Vorteile aus einer energiewirtschaftlichen Verbindung mehrerer Betriebe, die Verkürzung des Produktionsablaufs (Werkstoffbehandlung in einer Hitze, Weiterverarbeitung ohne Verpackung, Zwischenbehandlung, Fortfall zusätzlicher Transporte usw.) und der technische Erfahrungsaustausch zwischen vor- und nachgeordneten Produktionsstufen²⁾. Die Produktion der modernen Massengüter läßt sich besser in größeren Serien und damit in der Regel in größeren Betriebseinheiten durchführen (Kraftfahrzeugproduktion).

Marktwirtschaftliche Überlegungen führen zum Streben nach einer günstigeren Kostengestaltung, zum Wunsch, den Absatz zu sichern oder ihn zu verbilligen. Die Organgesellschaft ist in diesem Fall entweder ständige Abnehmerin der Produkte des Organträgers oder dessen Verkaufsgesellschaft. Auch alle mit der Beschaffung zusammenhängenden Fragen lassen sich hier einreihen, die Sicherung der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffgrundlage. So könnte sich eine Bauunternehmung Kalk- oder Gipswerke oder Ziegeleien als Organgesellschaft eingliedern, ein Hüttenwerk sich organschaftlich eine eigene Energiegrundlage sichern.

Außer den produktionstechnischen und marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten gibt es noch verschiedene sonstige Gründe, die einen Zusammenschluß bedingen können. Als Motiv ist z. B. die Schaffung von Anlagemöglichkeiten für flüssige Geldmittel zu nennen.

Gelegentlich führen auch außerwirtschaftliche Gründe zur Unternehmensverbindung, z. B. persönliches Machtstreben, Ehrgeiz und Geltungsbedürfnis der leitenden Persönlichkeiten, die danach streben, den eigenen Wirkungskreis zu vergrößern. Politische und soziale Ursachen, für unseren Fall ganz besonders steuerliche Vergünstigungen, fördern die

1) Koberstein, Unternehmenszusammenschlüsse S. 14

2) Krähe, Konzernorganisation S. 14

Bildung von Organschaftsverhältnissen.

Jede Einteilung der Entstehungsursachen bleibt problematisch. Ein sogenannter produktionstechnischer Grund entsteht letztlich aus dem Streben nach einer günstigeren Kostengestaltung oder dem Wunsch nach Erlöserhöhung, um so besser den Markt beeinflussen zu können, und jeder marktwirtschaftliche Anlaß hat produktionstechnische Verbesserungen zur Voraussetzung und im Gefolge.

Man versucht, die Motive, die bei der Entstehung von Organschaften eine Rolle spielen, auch noch damit zu erfassen, daß man zwei Gruppen unterscheidet, nämlich die Gründe, die sich in Richtung der Konzentration von Einzelwirtschaften bewegen, und die, die auf eine gewisse Dezentralisation hinführen (z. B. eine Gesellschaft verselbständigt ihre einzelnen Abteilungen wie Produktion, Verkauf, Finanzierung). Beide Gruppen treffen sich gewissermaßen in dem Ziel, eine völlige Verschmelzung der Gesellschaften zu vermeiden und doch die Vorteile aus einem fusionsähnlichen Zustand zu ziehen¹⁾.

Besonders häufig findet man Organgesellschaften mit Aufgaben betraut, die sich vom Standpunkt eines größeren Unternehmens aus als Hilfsaufgaben darstellen. Zu denken ist vor allem an Einkaufs-, Vertriebs-, Finanzierungs-, Wohnungsbau-, Transport-, Versicherungs- und Forschungsgesellschaften²⁾.

II. Arten der Gründung

Betrachtet man die Gründung von Organverhältnissen, so lassen sich allgemein drei verschiedene Arten unterscheiden³⁾. Die Gründung kann von der Obergesellschaft ausgehen, indem diese entweder die Aktien einer bereits bestehenden Gesellschaft erwirbt und dann ihren kapitalmäßigen Einfluß benutzt, um eine organmäßige Bindung zu erreichen,

1) Garke, S. 46/47; Haussmann, Tochtergesellschaft S. 16 ff; Liefmann S. 279.

2) Rasch, Konzernrecht S. 84

3) Vgl. zum folgenden Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 32

oder sie errichtet eine Gesellschaft neu (dann wird sie in aller Regel alle Aktien besitzen) und gestaltet das Verhältnis dazu von vornherein organschaftlich oder tut dies nach und nach. Diese Fallgruppe wird man als den Normalfall bezeichnen dürfen.

Die Gründung einer Organschaft kann auch von einer oder mehreren Untergesellschaften ausgehen, ein in der Praxis seltener Fall. Meistens bestand dann zwischen einigen Gesellschaften eine mehr oder weniger feste Bindung auf der Grundlage der Gleichordnung, und man hat dann eine gemeinsame Obergesellschaft gegründet und mit dieser eine organmäßige Bindung herbeigeführt.

Organmutter und Tochtergesellschaft können auch zu gleicher Zeit errichtet werden, z. B. die Verkaufsgesellschaft eines Syndikats, die bei der Syndikatsgründung ins Leben gerufen wird. Man hat dann den Fall der sog. Doppelgesellschaft, das Syndikat als BGB-Gesellschaft tritt in der rechtlich verselbständigten Form einer Verkaufsgesellschaft nach außen auf¹⁾. Weder die Motive, die zur Gründung eines Organverhältnisses führen, noch die Arten des Zustandekommens haben aber rechtlich einen besonderen Aussagewert.

III. Wirkung der Eingliederung auf das Unternehmen der Organgesellschaft

Es dient der späteren rechtlichen Beurteilung, wenn man die Organgesellschaft einmal rein tatsächlich in Bezug auf ihr Unternehmen betrachtet. Nach ständiger Steuerrechtsprechung²⁾ liegt ein Organverhältnis nur dann vor, wenn die Untergesellschaft finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das geschäftliche Unternehmen der Obergesellschaft nach Art einer bloßen Betriebsabteilung eingliedert ist. Das Unternehmen der Tochtergesellschaft muß

1) Vgl. dazu die Dissertation von H. Brandt: Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft, 3. Abschnitt

2) Vgl. statt vieler RFH Slg. 22/183 und Slg. 31/297

daher als Ansatzpunkt für die rechtstatsächliche Betrachtung dienen, denn Kern der Organschaft ist die wirtschaftliche Eingliederung eines Unternehmens in ein anderes¹⁾. In der juristischen Literatur hat die Diskussion über das Unternehmen nie aufgehört. Man hat immer wieder die Frage untersucht, wie man das Unternehmen als eine in unserem Rechtssystem nicht vorgesehene Erscheinung des Wirtschaftslebens²⁾ rechtlich erfassen könne und dabei versucht, einen Unternehmensbegriff zu finden. Diese Streitfragen können hier dahingestellt bleiben. Im folgenden dienen zwei verschiedene wirtschaftliche Ausstrahlungen des Unternehmens als Ansatzpunkt, ohne daß dabei versucht wird, einen Rechtsbegriff des Unternehmens zu finden.

1) Das Unternehmen im objektiven Sinn

Das Unternehmen erscheint zunächst einmal als ein organisatorisches Gebilde, als gegenständlicher Niederschlag der Betriebstätigkeit³⁾ oder - wie es Gierke⁴⁾ ausdrückt - als Tätigkeitsbereich mit den ihm zugehörigen Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten, als Unternehmen im objektiven Sinn. Man hat diese Seite des Unternehmens als ein besonders geartetes Sondervermögen behandelt⁵⁾, das außer den ihm gewidmeten Grundstücken und beweglichen Sachen (Maschinen, Büroeinrichtungen, Fertigwaren, Rohstoffe usw.), Forderungen, gewerblichen Schutzrechten als besonders wichtigen Bestandteil eine Reihe tatsächlicher äußerer und innerer Beziehungen umfaßt, die man zusammenfassend als Chancen bezeichnet (Kundschaft, Verbindung zu bestimmten Bezugsquellen, Organisation des Unternehmens, Geschäftserfahrung, Geschäftsgeheimnisse usw.).

Bei dem Organverhältnis bleibt diese Seite des Unterneh-

1) Mestmäcker, Verwaltung S. 302; Flume, DB 1955/487

2) Brecher S. 1

3) Gieseke, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht 1950 S. 609

4) Gierke ZHR 111/1

5) Gieseke a.a.O.; es kann dabei dahingestellt bleiben, ob dies richtig ist.

mens dem rechtlichen Bezug nach (Eigentum an Sachen, Inhaber von Forderungen und Rechten, Schuldner von Verbindlichkeiten) der Organgesellschaft zugeordnet, denn sie bleibt ja rechtlich selbständig. Die Obergesellschaft erhält aber das Substrat dieser Gegenstände, nämlich ein umfassendes Nutzungsrecht. Grundstücke und Gebäude werden einem Pachtverhältnis vergleichbar von der Muttergesellschaft genutzt, ebenso das gesamte bewegliche Vermögen. Was heißt es schon, daß die Untergesellschaft Inhaberin eines Patents ist, wenn die Obergesellschaft dieses Patent verwendet und sich die Erfindung zunutze macht. Man kann sich die Eingliederung in dieser Hinsicht nicht umfassend genug vorstellen, und es ist nicht unberechtigt, wenn Flume als Bild von der *nuda persona* spricht¹⁾, analog der *nuda proprietas*²⁾ im römischen Recht. Auch Flume verkennt dabei nicht, daß die Organgesellschaft als selbständige juristische Person bestehen bleibt³⁾, sieht aber mit aller Deutlichkeit den betriebswirtschaftlichen Sinn der Organgesellschaft. Die gegenständliche Seite des Unternehmens der Untergesellschaft steht ihr zwar rechtlich zu, ist aber in weitgehender Weise fremdgenutzt.

Auch die tatsächlichen inneren und äußeren Beziehungen werden durch die organschaftliche Eingliederung in Mitleidenschaft gezogen. Es ist richtig, daß man oft deshalb eine Fusion vermeidet, um z. B. einen eingeführten Firmennamen und damit die tatsächlichen Beziehungen zur Kundschaft zu erhalten, aber dennoch werden in aller Regel auch die sogenannten Chancen⁴⁾ weitgehend verändert. Eines der betriebswirtschaftlich wesentlichsten Ziele jeder Konzernbildung besteht z. B. in der Zusammenfassung der Organisation. Die Organgesellschaft hat nur mehr einen verhältnismäßig kleinen eigenen Organisationsbereich. Verschieden nach Art und Größe des Unternehmens besteht eine

1) Flume, DB 1955/485

2) Flume, Steuerberaterjahrbuch 1958/59 S. 295

3) Die Angriffe Ballerstedts in DB 1956/813 sind insoweit ungerechtfertigt.

4) s. o. S. 8

konzerneinheitliche Organisation der hauptsächlichlichen Betriebsaufgaben wie Planung, Ausführung und Unterhaltung der Anlagen, Erzeugnisentwicklung, Produktion und Personalpolitik. Die Unternehmenszusammenfassung bedingt eine einheitlich organisierte Materialwirtschaft in Beschaffung und Lagerwesen, eine zentrale Steuerung des Absatzes und vor allem des Finanz- und Rechnungswesens.

Ohne weitere Ausführungen ist verständlich, wie die ursprüngliche Organisation der Untergesellschaft sich dieser Gesamtorganisation beugen muß und durch sie verändert wird. Ebenso ergeht es mit Bezugsquellen und Absatzmöglichkeiten; die Tochtergesellschaft nimmt unter Umständen nur mehr Produkte der Muttergesellschaft ab oder deckt ihren Rohstoffbedarf ausschließlich von dieser und umgekehrt. Die Geschäftserfahrung der Organgesellschaft kommt dem Organträger zugute, Geschäftsgeheimnisse werden in seinem Unternehmen verwertet.

Damit stimmt es überein, daß das zusammengefaßte Unternehmen nur mehr einen einheitlichen Ertrag abwirft. Zwar erscheint buchmäßig ein getrennter Gewinn der beiden Gesellschaften¹⁾, aber tatsächlich läßt sich nur mehr der Ertrag des Unternehmensverbundes, nicht mehr der Anteil der einzelnen Glieder daran ermitteln²⁾. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß es beispielsweise unmöglich ist, die Kosten für eine konzerneinheitliche Reklame, die doch allen Gesellschaften zugute kommt, auf die einzelnen Glieder umzulegen. Woher soll man wissen, wieviel die einzelne Gesellschaft davon profitiert hat? Dies gilt letztlich für alle geschäftlichen Maßnahmen innerhalb der Unternehmenszusammenfassung. Gerade durch die Verbindung ist ein wirtschaftlicheres Arbeiten möglich. Wie aber will man den Anteil der Untergesellschaft an dieser Einsparung feststellen?

-
- 1) Bei der Organgesellschaft wird dieser in aller Regel nicht in der Bilanz ausgewiesen, sondern sofort als Schuld an die Obergesellschaft passiviert.
 - 2) Mestmäcker, Verwaltung S. 316

Diese wenigen Beispiele genügen, um darzutun, wie eng Organgesellschaft und Organträger vermögensmäßig verknüpft sind, es besteht eine fusionsähnliche Vermögenseinheit.

2) Das Unternehmen im subjektiven Sinn

Als zweite Ausstrahlung der Wirtschaftseinheit Unternehmen kommt die Betriebstätigkeit¹⁾ in Betracht²⁾. Es ist die subjektive Seite des Unternehmens, das lebendige Wirken, das den gegenständlichen Niederschlag des Tätigkeitsbereiches mit Leben erfüllt. Nach dieser Betriebstätigkeit richtet es sich, welche Art von Unternehmen vorliegt. Die Organgesellschaft betreibt in diesem Sinn ihr Unternehmen nicht mehr selbst, sämtliche maßgeblichen unternehmerischen Entscheidungen werden von der Obergesellschaft getroffen. Der Wille des Organträgers entscheidet, wie die Anlagen zu verwenden sind, ob Rechte ausgeübt, Verbindlichkeiten erfüllt, wie die Arbeitnehmer eingesetzt werden. Die Muttergesellschaft bestimmt den Rohstofflieferanten oder liefert selbst, entscheidet, wohin die Organgesellschaft verkauft, ob sie langfristige Lieferverträge abschließt oder nicht. Die gesamte Produktion richtet sich nach den Zielen der Obergesellschaft, und das Organ produziert nicht mehr nach einem eigenen Wirtschaftsplan, sondern nach dem des Konzerns, nicht mehr die Anforderungen des Marktes, sondern unter Umständen nur mehr der Bedarf der Muttergesellschaft sind entscheidend³⁾. Wie bereits erwähnt, erfüllen die Organgesellschaften vielfach Hilfsaufgaben und müssen sich dazu notwendig nach den Erfordernissen beim Organträger richten⁴⁾. Das einheitliche Unternehmen wird auch finanziell zentral geleitet, denn gerade die Aufgaben des Finanzwesens eignen sich dazu. Geld und Kredit sind nicht so an Betrieb oder Markt gebunden, wie das bei der Rohstoffbeschaffung oder beim Absatz der Fall

1) Der Betriebsbegriff wird hier anders als z. B. im Arbeitsrecht verwendet.

2) Gierke a.a.O. S. 1; Gieseke a.a.O. S. 609

3) Vgl. ausführlich Mestmäcker, Verwaltung S. 304

4) s. o. S. 6

ist. Sie sind leichter beweglich, und durch die Zusammenfassung des Zahlungsverkehrs werden Kosten gespart, durch einheitlichen Kreditverkehr werden günstigere Zins- und andere Kreditbedingungen erreicht, vielfach die Erschließung neuer Kreditquellen überhaupt erst möglich gemacht. Die Zentralisierung dient der wirksamen Kontrolle der Einnahmen und Ausgaben. Damit geht ein wesentlicher Teil jeder Betriebstätigkeit, nämlich Investitionen und Finanzierung, von der Obergesellschaft aus.

Es muß nicht auf allen Gebieten eine Gleichschaltung erfolgen. Einzelne Maßnahmen der geschilderten Art genügen, daß man nicht mehr von einer Unternehmertätigkeit der Organgesellschaft sprechen kann. Der unternehmerische Wille als Grundlage jeder Betriebstätigkeit wird praktisch auf allen wesentlichen Gebieten von der Muttergesellschaft getätigt. Es gibt nur mehr ein Unternehmen, wenn auch dessen gegenständliche Grundlage zwei verschiedenen Rechtspersonen zugeordnet ist.

C. Die Organtheorie im Steuerrecht¹⁾

I. Allgemeines (Methodik, Verhältnis von Steuerrecht und Privatrecht)

Es erscheint merkwürdig, wenn in einer Arbeit, die zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft behandeln will, steuerrechtliche Erörterungen am Anfang stehen und einen verhältnismäßig breiten Raum einnehmen. Die Organgesellschaft ist kein Gebilde des Steuerrechts, aber sie hat sich unter dem Einfluß des Steuerrechts als wichtigste Form des Unterordnungskonzerns herausgebildet. In vielen Fällen waren es steuerliche Gesichtspunkte, die zur Bildung eines Organverhältnisses geführt haben; die Steuerrechtsprechung hat den Begriff der Organschaft geschaffen, er hat in den Steuergesetzen²⁾ seinen Niederschlag gefunden. Das Interesse des Steuerfiskus an möglichst hohen Steuereinnahmen und das der betroffenen Unternehmen, die Steuern gering zu halten, hat die Entwicklung der steuerrechtlichen Organtheorie schnell vorangetrieben. Die fast ausschließlich vom Steuerrecht diktierte Entwicklung ließ die zivilrechtlichen Grundlagen in den Hintergrund treten, eine spezifisch steuerrechtliche Betrachtungsweise hat selbst bei zivilrechtlichen Untersuchungen die Probleme verschleiert. Dennoch und gerade deshalb ist für eine zivilrechtliche Beurteilung zuerst eine steuerrechtliche Behandlung der Organgesellschaft unerlässlich. Dieses Verfahren empfiehlt sich umso mehr, als das Steuerrecht eine weitverzweigte Rechtsprechung und Literatur liefert. Man wird dabei aber Ziel und Zweck dieser Voruntersuchung nicht aus dem Auge verlieren dürfen. Es ist nicht ihre Aufgabe, die steuerlichen Probleme, die gerade durch die neue Rechtsprechung des BFH zur Organschaft erneut in Fluß gekommen sind, im einzelnen zu verfolgen³⁾, sondern

1) Vgl. zum Ganzen auch Westmacker, Verwaltung S. 287 ff.

2) § 2 II Nr. 2 des UStG und § 2 Ziff. 2 S. 2 des GewStG

3) Vgl. dazu Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 51 ff.

es kann sich nur um eine Zusammenfassung der steuerlichen Organtheorie in ihren zivilrechtlich bedeutsamen Teilen handeln. Man wird dabei die vom Steuerrecht vorausgesetzte zivilrechtliche Zulässigkeit akzeptieren müssen, um die steuerrechtlichen Probleme zu betrachten.

Es ist auch nicht beabsichtigt, zu dem Verhältnis zwischen Zivilrecht und Steuerrecht eingehend Stellung zu nehmen. Diese Gegenüberstellung ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nichts Neues und mußte unter dem Druck der Bedeutung, die das Steuerrecht für die Rechtsgestaltung der wirtschaftlichen Unternehmen hatte, immer neu vorgenommen werden¹⁾. Die rechtspolitische Bewegung empfängt heute ihre Antriebe auch unverkennbar vom Steuerrecht. Das hat vielfach dazu geführt, eine Priorität des Steuerrechts vor dem Zivilrecht anzunehmen und zu fordern, daß das bürgerliche Recht sich im Sinne der neuen steuerlichen Auffassungen weiterzuentwickeln habe²⁾. Das kann nicht richtig sein. Das Steuerrecht hat als Teil des öffentlichen Rechts die Aufgabe, zutreffende Maßstäbe für die Heranziehung der Wirtschaftssubjekte zu Gemeinschaftsleistungen zu schaffen; das Gesellschaftsrecht des Handelsrechts hat die Beziehungen zwischen den Unternehmen als solchen und den an ihm in irgendeiner Weise Beteiligten rechtlich zu ordnen³⁾. Trotz dieser Verschiedenheit ergibt sich zwangsläufig eine Priorität der allgemeinen Rechtsordnung und damit vor allem des Zivilrechts gegenüber dem Steuerrecht. Die Steuergesetzgebung und auch die Anwendung der Steuergesetze unterliegen dem "Postulat der Kongruenz des Steuerrechts zur allgemeinen Rechtsordnung"⁴⁾. Diese Vorrangstellung der allgemeinen Rechtsordnung ist mit der Selbständigkeit der steuerlichen Tatbestände und Begriffe durchaus vereinbar. Auch dies gilt es bei der

1) Grundlegend Liebisch: Steuerrecht und Privatrecht, Köln 1933; Blau-Oeftering, Steuerrecht und BGB 1934

2) Vgl. die Nachweise bei Ballerstedt, Kapital S. 4, S. 5 Note 7

3) Ballerstedt, Kapital S. 5

4) Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung S. 72

folgenden Darstellung zu beachten und nicht einer steuerrechtlichen Priorität der Betrachtungsweise zu verfallen.

II. Die Entwicklung der Organtheorie

Die Darstellung der Organtheorie im Steuerrecht ist zugleich eine Entwicklungsgeschichte, ja man kann sie nur verstehen, wenn man die schrittweise Herausarbeitung durch die Rechtsprechung verfolgt. Historisch gesehen kann man zwischen 3 Phasen unterscheiden¹⁾, einer Zeit bis zur Errichtung der Reichsfinanzverwaltung und einer Zeit bis zur Steuerreform 1934, in der die Organtheorie allein eine Frage der Rechtsprechung, und zwar zuerst der Verwaltungsgerichte der einzelnen Bundesstaaten (vor allem des PrOVG) und später des RFH war, der bald die Führung übernommen hat²⁾. Mit Beginn der dritten Phase fand die Organtheorie auch einen gesetzlichen Niederschlag im UStG von 1934³⁾ und zwei Jahre später im GewStG von 1936⁴⁾.

1) Die Rechtsprechung des PrOVG⁵⁾

Die Rechtsprechung des PrOVG zur Organschaftsfrage ist bestimmt durch das Bemühen, die gewerbliche Betätigung außerpreußischer Unternehmer durch Mittelspersonen in Preußen für die preußische Staatssteuer zu erfassen. Es sollte vor allem verhindert werden, daß Gewinne, die durch eine Mittelsperson in Preußen erzielt wurden, nach einem Lande mit geringeren Steuersätzen abgezogen werden konnten. Die Entscheidungen des PrOVG zur Gewerbe- und Einkommensteuer sind dabei die Grundlage der modernen Organtheorie geworden. Es ging dabei um die Frage, unter welchen Umständen der Betrieb eines Gewerbes nicht nur durch den außerpreußischen Unternehmer dieses Betriebes, sondern auch durch eine Mittelsperson erfolgen könne. Das PrOVG hat sich schließlich dahin festgelegt, daß ein per-

1) Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 25

2) Vgl. die klassische Definition RFH Slg. 22/183

3) § 2 II Ziff. 2 UStG; § 2 UStDB

4) § 2 II Ziff. 2 S. 2 GewStG; § 2 Erste GewStDV

5) Vgl. auch Mestmäcker, Verwaltung S. 289

sönliches Abhängigkeitsverhältnis der Mittelsperson zu dem außerpreußischen Unternehmer notwendig sei, kraft dessen die Mittelspersonen wie Gehilfen anzusehen seien¹⁾. Der ausländische Unternehmer wurde dann so behandelt, als betreibe er seine Betriebsstätte selbst. In einer grundlegenden Entscheidung führt das ProVG²⁾ aus: Ein Gewerbebetrieb des ausländischen Unternehmers kann nur aus der Tätigkeit solcher Mittelspersonen hervorgehen, die in einem persönlichen Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnis zu dem Unternehmer sich befinden, dessen Willen und ständiger Leitung unterworfen und eben dadurch dessen Organe oder Gehilfen sind.

Später hat das ProVG diese Grundsätze auch auf juristische Personen ausgedehnt und auch deren Tätigkeit unter bestimmten Umständen als organschaftliche anerkannt³⁾. Es forderte dafür, daß die juristische Person so in den Organismus einer anderen juristischen oder physischen Person eingegliedert ist, daß sie in der Betätigung ihres gesellschaftlichen Willens deren ständiger Leitung unterliegt und ein Handeln auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeschlossen ist⁴⁾. Das ProVG erkannte damit an, daß eine bestimmte Art von wirtschaftlicher Abhängigkeit bei einer juristischen Person eine besondere steuerliche Behandlung rechtfertigt⁵⁾. Diese Lehre wurde von der Rechtsprechung der anderen Länder aufgenommen⁶⁾. In einer Entscheidung des Bad. VerwGH⁷⁾ wird ausgeführt, daß die rechtliche Selbständigkeit einer G.m.b.H. es nicht ausschließe, daß sie als Organ einer anderen Person lediglich deren Geschäfte betreibe und so zwar nicht ihre rechtliche, aber doch ihre wirtschaftliche Selbständigkeit aufgebe, indem sie sich in den Dienst der anderen Person stelle, deren Weisungen sie zu befolgen habe. Der Gewinn komme dann der anderen

1) OVGSt III S. 136 und S. 240; OVGSt IV S. 342

2) OVGSt V S. 168/169

3) OVGSt X 394

4) Vgl. OVGSt XII S. 268; XII S. 371; XIV S. 320

5) Vgl. insgesamt auch Garke S. 7/8/9

6) Haussmann, Organtheorie S. 409

7) JW 1917 S. 633

Person zu, und deshalb sei diese und nicht die Gesellschaft als Unternehmer des Gewerbebetriebs anzusehen. Es wird später ersichtlich werden (s. u. D.), wie dieser Vergleich mit einem Dienstverhältnis die zivilrechtliche Beurteilung beeinflußt hat.

Schon in der Rechtsprechung des ProVG scheiden sich deutlich objektive und subjektive Unselbständigkeit, d. h. einerseits die Eingliederung in den "Organismus" einer anderen Person, andererseits das Fehlen eines eigenen Willens, da das Organ dem Willen und der Leitung eines anderen Unternehmers unterworfen ist. Objektives und subjektives Moment stehen nebeneinander, beide zusammen begründen sie die Steuerpflicht dessen, für den die "Mittelsperson" tätig ist. Dieser objektiven und subjektiven "Abhängigkeit" entspricht einerseits die Eingliederung der gegenständlichen Seite des Unternehmens, jene fusionsähnliche Vermögenseinheit, und andererseits das Fehlen einer eigenen Unternehmertätigkeit bei der Organgesellschaft, wie oben unter B III 1) und 2) beschrieben wurde.

2) Die Rechtsprechung des RFH

Der RFH hat die Lehre von der steuerrechtlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Einheit von rechtlich selbständigen Wirtschaftssubjekten weitergeführt¹⁾. Auch er mußte dabei klären, unter welchen Voraussetzungen die Abhängigkeit von juristisch selbständigen Personen steuerlich anzuerkennen war und welche steuerlichen Wirkungen sich aus dem Tatbestand der abhängigen juristischen Person ergeben sollten. Die Organtheorie wurde dabei von den verschiedenen Senaten des RFH gemeinsam ausgebildet und die Voraussetzungen im wesentlichen für alle Steuerarten gleichmäßig festgestellt, obwohl man annehmen könnte, daß die einzelnen Steuerarten erhebliche Verschiedenheiten bedingen.

Ein breites Entwicklungsfeld bildete das Gebiet der Umsatzsteuer. Die Grundlage war dabei § 1 Nr. 1 des UStG vom

1) Vgl. Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 31

8. 5. 1926, nachdem für die Umsatzbesteuerung vorliegen mußten: Lieferungen und sonstige Leistungen, die jemand innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Inland gegen Entgelt führt. Der RFH¹⁾ meinte, daß eine juristische Person dann keine selbständige gewerbliche Tätigkeit ausübe und ihr damit die Unternehmereigenschaft fehle, wenn die gewerbliche Tätigkeit im wirtschaftlichen Organismus eines Unternehmens so ausgeübt wird, daß die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Unternehmers steht.

Man kann sagen, daß der Körperschaftssteuer Senat des RFH die Organtheorie im eigentlichen Sinn entwickelt hat, denn bei der Körperschaftsteuer beruht die Sonderbehandlung abhängiger Gesellschaften nicht darauf, daß zwingende Vorschriften (z. B. § 1 Nr. 1 des UStG vom 8. 5. 1926) auf den Tatbestand der wirtschaftlichen Abhängigkeit keine Anwendung finden. Es ging nicht um die Selbständigkeit der gewerblichen Tätigkeit, sondern es war das steuerpflichtige Einkommen der juristischen Person zu ermitteln. Dabei lag es nahe, von der rein wirtschaftlichen Bedeutung dieses Begriffes als einer Vermögensmehrung auszugehen und festzustellen, welches Vermögen der zusammengefaßten Gesellschaften vermehrt wurde, wem die Ergebnisse der gewerblichen Tätigkeit der einzelnen Betriebe zufließen. Da aber die Möglichkeiten der Konzentration des Gewinnes sehr groß sind und die Kombination der einzelnen Möglichkeiten zu sehr komplizierten und rechtlich meist ungeklärten Situationen führt, mußte man sich darauf beschränken, nur in ganz bestimmt gelagerten Fällen die Ergebnisse der Tätigkeit eines Unternehmens als Einkommen der übergeordneten Herrschaftsperson anzusehen. Unter Hinweis auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise²⁾ erkannte der RFH eine steuerlich erhebliche Abhängigkeit einer juristischen Person an, wenn das abhängige Unter-

1) RFH Slg. 3/290

2) RFH Slg. 9/167

nehmen weisungsgebunden und dem herrschenden Unternehmen derart eingegliedert sei, daß es als dessen Bestandteil erscheine. Der RFH hat schließlich die klassische und immer wieder gebrauchte Definition geprägt¹⁾: Um als Organ eines anderen Unternehmens anerkannt werden zu können, muß eine Gesellschaft finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das andere geschäftliche Unternehmen der Herrschaftsperson - nach Art einer bloßen Betriebsabteilung - eingegliedert sein; es muß ein Handeln der Unter- gesellschaft auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeschlossen sein; es muß für sie vor allem ein persönliches Unterordnungsverhältnis in der Art bestehen, daß sie in den geschäftlichen Angelegenheiten grundsätzlich - mit etwai- gem Vorbehalt einer ihr möglicherweise zugestandenen ge- wissen Bewegungsfreiheit - den Weisungen des Dienstherrn zu folgen hat, d. h. rechtlich zu ihrer Befolgung gezwun- gen werden kann, also dessen persönliches Eingreifen in den von ihr geleiteten Betrieb sich gefallen lassen muß.

Auch die Rechtsprechung des RFH läßt erkennen, daß es für die steuerlich erhebliche Abhängigkeit auf eine subjektive Unselbständigkeit (Unterordnung unter einen fremden Willen) und auf eine objektive Unselbständigkeit (finan- zielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung)²⁾ ankommt³⁾. Es ergibt sich wieder eine Parallele zu der oben dargestellten⁴⁾ Eingliederung des Unterneh- mens der Organgesellschaft, bei der auf eine subjektive (Unternehmertätigkeit) und eine objektive (gegenständli- cher Niederschlag des Unternehmens) Seite abgestellt wurde⁵⁾.

Der Gesetzgeber hat die Definition des RFH übernommen und

1) RFH Slg. 31/297

2) soweit man insoweit hier überhaupt von einer Unselb- ständigkeit sprechen kann

3) Vgl. Flume DB 1955/487

4) o. S. 7 ff

5) Vgl. auch Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 35, der von einer persönlichen und sachlichen Abhängigkeit spricht.

die Organschaft im UStG von 1934¹⁾ und im GewStG von 1936²⁾ geregelt. Nach beiden Gesetzen liegt eine Organgesellschaft dann vor, wenn die Gesellschaft dem Willen eines Unternehmens derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen mehr hat. In den entsprechenden Durchführungsbestimmungen³⁾ wird dies der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung gleichgestellt⁴⁾.

3) Die Voraussetzungen im einzelnen

Voraussetzung der Organschaft ist die Eingliederung in ein übergeordnetes Unternehmen nach Art einer Betriebsabteilung. Zusammenschlüsse auf Grund einer Nebenordnung können daher nicht zu einem Organverhältnis führen⁵⁾. Im folgenden werden auch noch die Einzelheiten der finanziellen, organisatorischen und wirtschaftlichen Eingliederung umrissen. Es ist dabei Tatfrage, ob man im Einzelfall eine Organschaft annehmen kann; eine eindeutige Entscheidung wird oft schwierig sein, und dies erklärt sich aus der Vielgestaltigkeit der gesellschaftlichen Verflechtung⁶⁾. Maßgebend ist die tatsächliche Gestaltung des Verhältnisses, die wirkliche Stellung der Gesellschaft, um deren Unselbständigkeit es geht⁷⁾. Es ist nicht notwendig, daß die einzelnen Voraussetzungen zahlen- oder ziffernmäßig erfaßt werden können. Maßgebend ist das Gesamtbild.

Die finanzielle Eingliederung wird durch kapitalmäßige Beherrschung erreicht. Der RFH⁸⁾ hat einmal entschieden, daß die Obergesellschaft mindestens 50 % des stimmberechtigten Aktienkapitals der Organgesellschaft innehaben muß. Bei der Mehrzahl aller Organverhältnisse dürfte es sich jedoch um eine 100 %-ige oder jedenfalls fast 100 %-ige

1) § 2 Ziff. 2 UStG

2) § 2 Ziff. 2 S. 2 GewStG

3) § 17 UStDB und § 3 GewStDV (geltende Regelung)

4) Vgl. die berechtigte Kritik von Schultze-Schlutius an dieser Legaldefinition, *Organtheorie* S. 35

5) Schultze-Schlutius, a. a. O. S. 58

6) Garke S. 48

7) Schultze-Schlutius, a. a. O. S. 59

8) *StuW* 1933 Nr. 455

Beteiligung handeln¹⁾.

Organisatorisch eingegliedert wird die Organgesellschaft auch durch eine weitgehende Besetzung der Verwaltungsstellen des Organs durch die Obergesellschaft. Regelmäßig wird also eine Personalunion in der Besetzung der leitenden Stellen bestehen, die eine verschiedene Willensbildung bei Mutter- und Tochtergesellschaft rein tatsächlich unmöglich macht²⁾.

Die wirtschaftliche Eingliederung fordert außerdem, daß das Unternehmen der Organgesellschaft in ein Unternehmen des Organträgers eingefügt ist, d. h. die Obergesellschaft muß selbst ein gewerbliches Unternehmen betreiben. Die beiden Unternehmen müssen dazu nicht demselben Wirtschaftszweig angehören, es können nach BFH³⁾ aber auch nicht wirtschaftlich völlig unverbundene Tätigkeiten durch finanzielle und organisatorische Beherrschung zu einer Organgesellschaft zusammengefaßt werden⁴⁾.

Wie der RFH⁵⁾ ausgeführt hat, muß die Organgesellschaft rechtlich gezwungen werden können, den Weisungen der Obergesellschaft zu folgen, und damit deren Willen völlig unterworfen sein. Man hat daraus gefolgert, daß dies den Abschluß eines Organvertrages voraussetze, der diese Verpflichtung der Tochtergesellschaft festlegt⁶⁾. Es ist beachtlich, daß die Steuerrechtsprechung nie untersucht hat, welche Wirkung ein solcher Vertrag haben muß und ob er zivilrechtlich überhaupt zulässig ist. Hier wird auch die Untersuchung anzusetzen haben, wobei geklärt werden muß, welche Rechtsnatur diesem Vertrag zukommt.

1) Vgl. zur finanziellen Eingliederung im einzelnen Garke S. 49 ff.; Bühler S. 316; Rasch, Konzernrecht S. 208/209

2) Vgl. zur organisatorischen Eingliederung Garke S. 54; Bühler S. 318; Rasch a. a. O. S. 208/209

3) BFH in BStBl III 1955 S. 187

4) Vgl. im übrigen Garke S. 55; Bühler S. 317; Rasch a. a. O. S. 209

5) RFH Slg. 31/297

6) Vgl. das Beispiel bei Bühler S. 315/316

III. Die Gewinn- und Verlustausschlußvereinbarung im Körperschaftssteuerrecht

Nachdem im Vorhergehenden ein Überblick über die allgemeinen Voraussetzungen der Organschaft gegeben wurde, muß nun noch ein Sonderproblem dargestellt werden, das für die zivilrechtliche Beurteilung wesentlich ist, nämlich die Bedeutung der Gewinn- und Verlustausschlußvereinbarung im Körperschaftssteuerrecht. Durch die neue Rechtsprechung des BFH¹⁾ sind gerade hier die Grundlagen in Fluß gekommen, und es sei nochmals betont, daß eine erschöpfende Erörterung der steuerlichen Probleme nicht beabsichtigt ist, sondern es lediglich darauf ankommt, einige grundsätzliche Gesichtspunkte zu skizzieren, die zivilrechtliche Probleme indizieren.

1) Unterschied der Organschaft im Gewerbe- und Umsatzsteuerrecht einerseits und Körperschaftssteuerrecht andererseits

Wie bereits erwähnt, ist das Organverhältnis im Gewerbe- und Umsatzsteuerrecht gesetzlich geregelt²⁾. Die Umsatzsteuer knüpft an die Lieferungen und sonstigen Leistungen an, die ein Unternehmer gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Unternehmer ist nach § 2 I S. 1 UStG nur, wer die gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt. Eine Organgesellschaft ist unselbständig und damit kein Unternehmer im Sinn des UStG. Selbständig ist nur der Organträger. Das führt dazu, daß die steuerrechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft für die Umsatzsteuer aufgehoben ist, wenn sie auch zivilrechtlich als eigene Rechtspersönlichkeit weiterbesteht. Das liegt eben an der Konstruktion des Umsatzsteuerrechts, das ohne Rück-

1) Vgl. dazu die Darstellung bei Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 51/52

2) Die Organschaft zwischen Kapitalgesellschaften war durch Art. II des KRG vom 11. 2. 1946 für die Umsatzsteuer beseitigt worden, ist aber inzwischen wieder eingeführt.

sicht auf die Rechtsfähigkeit auf die Unternehmereigenschaft abstellt. Bei der Organschaft sind damit die sog. Innenumsätze zwischen Organträger und Organgesellschaft steuerfrei, denn es gibt nur ein Umsatzsteuersubjekt. Die sog. Außenumsätze, also die Umsätze mit Dritten, werden beim Organträger versteuert. Das Konzernunternehmen, das sich aus bürgerlich-rechtlich selbständigen Teilen zusammensetzt, wird für die Umsatzsteuer als Einheit behandelt¹⁾.

Für die Gewerbesteuer gilt das Unternehmen der Organgesellschaft als Betriebsstätte des Organträgers²⁾, d. h. die Anlage und die Einrichtungen, die der Tochtergesellschaft zum Betrieb des Gewerbebetriebs dienen, sind als Betriebsstätte des Organträgers anzusehen, und der von ihr unterhaltene Gewerbebetrieb ist als unselbständiger Teil des Betriebes der Obergesellschaft zu behandeln. Daraus ergibt sich, daß die Organgesellschaft nicht steuerpflichtig ist, Gewerbeertrag und Gewerbekapital dem Organträger zuzurechnen sind³⁾, ohne daß es einer besonderen Vereinbarung über die Abführung des Ertrages bedürfte⁴⁾.

Für die Gewerbe- und Umsatzsteuer hat die Feststellung eines Organverhältnisses unmittelbar steuerliche Bedeutung. Für beide Steuern ist die sog. Einheitstheorie anerkannt⁵⁾, d. h. das Gesamtunternehmen, das sich aus bürgerlich-rechtlich selbständigen Gliedern zusammensetzt, wird steuerrechtlich als völlige Einheit aufgefaßt, Organträger und Organ verschmelzen zu einem neuen Steuersubjekt⁶⁾.

Im Gegensatz dazu wurde die Einheitstheorie für die Kör-

1) Rasch, Konzernrecht S. 235; Schultze-Schlutius a. a. O. S. 87

2) § 2 II Ziff. 2 GewStG

3) Rasch a. a. O. S. 231; Schultze-Schlutius a. a. O. S. 160/61

4) Davon zu unterscheiden ist die Vereinbarung über den Ausschluß des eigenen Willens.

5) Schultze-Schlutius a. a. O. S. 161 und S. 87

6) Garke S. 18; Schultze-Schlutius a. a. O. S. 25

perschaftssteuer ständig abgelehnt. Die Körperschaftssteuer knüpft an das Einkommen der juristischen Person an. Dabei wurde die selbständige Rechtspersönlichkeit der Organgesellschaft hervorgehoben und das Bestehen von echten Schulden und Forderungen zwischen Organträger und Untergesellschaft anerkannt. Die Rechtsprechung hat daraus den Schluß gezogen, daß Unter- und Obergesellschaft für die Körperschaftssteuer grundsätzlich selbständige Steuersubjekte sind, und hat die Annahme einer steuerlichen Einheit insoweit abgelehnt. Das von der Organgesellschaft erarbeitete Ertragnis begründet ein eigenes Einkommen der Organgesellschaft, und diese bleibt grundsätzlich subjektiv steuerpflichtig¹⁾. Dennoch dient die Organtheorie im Körperschaftssteuerrecht dazu, Gewinn und Verlust von Organgesellschaft und Organträger bei der Obergesellschaft zusammenzufassen und zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht getrennt zu versteuern. Die rechtliche Begründung für diese Ergebniszusammenfassung hat stets geschwankt und zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben.

2) Die Beurteilung der Gewinn- und Verlustübernahmevereinbarung im Körperschaftssteuerrecht²⁾

Der RFH verglich das Organverhältnis zunächst mit dem Dienstverhältnis zwischen natürlichen Personen, meinte, daß die Organgesellschaft lediglich im Auftrag und für Rechnung des Organträgers arbeite und man daher die weisungsgebundene Eingliederung selbst als Grundlage für die Ergebniszusammenfassung ansehen müsse³⁾. Dieser Vergleich mit einem Angestelltenverhältnis hat lange die zivilrechtliche Betrachtung beeinflußt⁴⁾. Doch wurde dabei betont, daß die Organgesellschaft subjektiv steuerpflichtig bleibe und ein eventuelles Entgelt der Oberge-

1) Rasch. a. a. O. S. 209; Schultze-Schlutius a. a. O. S. 94; RFH Slg. 31/297

2) Vgl. auch Mestmäcker, Verwaltung S. 295

3) RFH Slg. 23/91

4) s. u. D.

sellschaft versteuern müsse.

Später gab der RFH¹⁾ diesen Vergleich mit der natürlichen Person auf und ging davon aus, daß die Organgesellschaft den ihr gehörenden Betrieb für sich selber führe und die Ertragnisse, die sie erarbeite, ihr selber zustünden. Er ließ es jedoch zu, daß die Untergesellschaft sich durch einen besonderen Gewinn- und Verlustausschlußvertrag verpflichtete, ihren Gewinn gegen Übernahme der bei ihr entstehenden Verluste an den Organträger abzuführen²⁾. Für die Festlegung dieser Verpflichtung genügte nach RFH auch eine bindende Weisung des Organträgers³⁾. Damit zeitigt das Bestehen eines Organverhältnisses im Körperschaftssteuerrecht für sich allein noch keine Wirkungen. Nur wenn die weitere Voraussetzung einer Gewinn- und Verlustübernahme dazu kommt, so ist das Einkommen der Organgesellschaft nicht bei ihr selbst, sondern beim Organträger zu versteuern. Nach allgemeinen Grundsätzen wäre die Übertragung des Gewinns auf die Obergesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung zur Körperschaftssteuer heranzuziehen und eine Verlustübernahme als Kapitaleinlage der Muttergesellschaft zu behandeln. Die Organgesellschaft ist aber mit der Obergesellschaft nach Art einer Betriebsabteilung verknüpft, und man berücksichtigt also die wirtschaftlichen Verhältnisse, wenn man die Ergebnisse einer Betriebsabteilung nicht als selbständiges Einkommen ermittelt.

Zur Erreichung dieses Ziels bestehen zwei Möglichkeiten, die die Motive der Rechtsprechung zur Einführung des Ergebnisausschlusses erkennen lassen. Man konnte die subjektive Steuerpflicht der Organgesellschaft überhaupt beseitigen, echte Forderungen und Schulden zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nicht anerkennen. Der RFH⁴⁾ hat

1) RFH Slg. 31/294; RFH Slg. 34/228

2) Schultze-Schlutius a. a. O. S. 50; Rasch a. a. O. S. 210

3) Rasch a. a. O. S. 210; Schultze-Schlutius a. a. O. S. 50

4) RFH Slg. 31/297

dies mit dem Hinweis auf das Fehlen einer Konzernbilanz abgelehnt¹⁾ und hat statt dessen die Gewinn- und Verlustübernahme als zusätzliche Voraussetzung eingeführt und diese so ausgestaltet, daß sie eine feste Grundlage für die Besteuerung bildet. Es läge sonst in der Hand des Organträgers, den Gewinn einmal bei ihm oder beim Organ entstehen zu lassen, je nachdem, wo es für die Besteuerung am günstigsten ist. Mit dem Ergebnisausschluß hat man die Möglichkeit einer willkürlichen Beeinflussung ausgeschlossen²⁾. Gerade an das Erfordernis der Gewinn- und Verlustübernahme knüpfen neuerdings wieder die Streitfragen an.

Man betrachtet die Ergebnisausschlußvereinbarung teilweise als reinen schuldrechtlichen Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung ausgeglichen sind, und macht geltend, daß das Gesellschaftsverhältnis gerade noch keine Veränderung herbeiführt, da die Einheitstheorie ständig abgelehnt worden sei. Daraus folge, daß die Ergebnisausschlußvereinbarung jenseits des Gesellschaftsverhältnisses liege, mit ihr vielmehr ein entscheidend neues Element, nämlich ein betrieblicher Vorgang, dazukomme³⁾. Die Tatsache, daß ein Vertragspartner den anderen beherrsche, könne dem Vertrag nicht den Charakter eines gesellschaftsrechtlichen Vorgangs geben⁴⁾.

Flume hat sich eingehend mit den rechtsgrundsätzlichen Fragen der Organschaft im Steuerrecht befaßt. Er sieht die "materiale" Grundlage der Organschaft in der objektiven Unselbstständigkeit des Unternehmens der Organgesellschaft, d. h. der Eingliederung des Unternehmens nach Art

1) Vgl. die Bedenken von Schultze-Schlutius a. a. O. S. 95, der meint, die Rechtsprechung sei auf halbem Wege stehen geblieben.

2) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 297

3) So BDI-DIH Gutachten, Sonderbeilage zum BB 1957, Heft 14, S. 11

4) Steinberg in BB 1959/497; von Wallis, Aktiengesellschaft 1957/99

einer Betriebsabteilung¹⁾. Der entscheidende und eigentliche Grund für die Zuordnung des Geschäftsergebnisses an die Obergesellschaft ist seiner Ansicht nach nicht die Verpflichtung zur Verlustübernahme und Gewinnabführung, sondern die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung des Unternehmens der Organgesellschaft. Dadurch gebe die Organgesellschaft ihr Eigenleben auf und habe auch kein Eigeneinkommen mehr²⁾. Auch Schultze-Schlutius vertritt eine ähnliche Auffassung, wenn er meint³⁾ daß die Grundlage der Organschaft bei allen Steuerarten darin bestehe, daß der Betrieb der Untergesellschaft für Rechnung und Gefahr der Obergesellschaft geht.

Der BFH⁴⁾ hat den Ergebnisausschlußvertrag zum Ausgangspunkt seiner Betrachtungen gemacht: Der durch den Vertrag geschaffene Tatbestand soll danach die Grundlage der Besteuerung bilden. Voraussetzung der steuerlichen Anerkennung des Vertrages ist seine bürgerlich-rechtliche Wirksamkeit. Es ist dabei auffällig, daß der BFH nicht prüft, ob der Ergebnisausschluß zivilrechtlich wirksam ist, sondern lediglich auf die beachtlichen Bedenken hinweist, die in der Literatur gegen die Wirksamkeit vorgebracht werden⁵⁾. Der BFH billigt die Ansicht der Wirtschaftsverbände⁶⁾ nicht, denn es stünden sich nicht Leistung und Gegenleistung gleichwertig gegenüber, der Vertrag sei überwiegend gesellschaftsrechtlicher Natur, müsse aber aus wirtschaftlichen Erwägungen wie ein betrieblicher Vorgang behandelt werden⁷⁾.

Die nur kurz skizzierten Meinungen zeigen die Unsicherheit in der Beurteilung des Ergebnisausschlusses. Die

1) Flume DB 1956/455 ff., vgl. auch Flume DB 1955/485

2) Flume DB 1956/455, vgl. auch Steuerberaterjahrbuch 1958/59 S. 294

3) Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 46 und S. 97

4) BFH-Gutachten I D 1/56, BB Sonderbeilage 1957 zu Heft 14 S. 1 ff.

5) BFH a. a. O. S. 2

6) s. S. 26 Note 3

7) Vgl. dazu auch die Kritik Flumes in Steuerberaterjahrbuch 1958/59 S. 283 ff.

Rechtsprechung hat den Vertrag aus rein praktischen Überlegungen gefordert, um eine feste Steuergrundlage zu schaffen und den Organträger zu hindern, zur Steuerersparung von der getrennten zur gemeinsamen Veranlagung und umgekehrt überzugehen. Es bereitet aber Schwierigkeiten, den Vertrag neben der genannten Funktion rechtlich zu charakterisieren.

Die steuerliche Betrachtung hat die Grundlagen des Organverhältnisses noch weiter herausgearbeitet und die Untersuchung auf die Frage hingelenkt, wie der Organvertrag, der als Hauptbestandteile den Ausschluß eines eigenen Willens und die Gewinn- und Verlustübernahme enthält, rechtlich beurteilt werden kann.

Damit hat diese Darstellung ihren Zweck erfüllt. Es gibt im Zusammenhang mit der steuerlichen Organschaft zahlreiche Einzelprobleme, z. B. nach welchen Grundsätzen der abzuführende Gewinn ermittelt werden muß und wie sog. vororganschaftliche Verluste behandelt werden sowie Probleme im Zusammenhang mit der Dividendengarantie. Es soll insoweit nur auf das Spezialschrifttum verwiesen werden¹⁾.

1) Schultze-Schlutius, Organtheorie, insbesondere S. 97 ff.; Rasch, Konzernrecht S. 205 ff.; 222 ff.; 230 ff.; Bühler S. 312 ff.

D. Die Rechtsnatur des Organvertrages

I. Ist der Organvertrag schuldrechtlicher Natur?

Die Rechtsnatur des Organvertrages ist umstritten. Das frühere Schrifttum beurteilte den Vertrag überwiegend schuldrechtlich. Haussmann¹⁾ nahm "laufende Geschäftsbesorgungsverträge" an und brachte über § 675 BGB die Auftragsregeln zur Anwendung. Kronstein²⁾ meinte, daß alle Verträge, die eine vertragsmäßige Abhängigkeit begründen³⁾, einen obligatorischen Charakter haben, da sie auf der einen Seite entsprechende Ansprüche, auf der anderen Seite Verpflichtungen begründen, die die juristische Person selbst belasten. Er sah⁴⁾ wohl keine Bedenken, auf den Organvertrag Dienstvertragsnormen anzuwenden, maß aber im übrigen der Rechtsform keine übertriebene Bedeutung bei, da er jedenfalls ein Dauerschuldverhältnis annahm und daraus die Lösungen suchte. Hamburger hat in seiner Schrift⁵⁾ das Organverhältnis gründlich untersucht. Er stellt entscheidend auf die persönliche Unselbständigkeit ab, meint, daß die Tätigkeit der Organgesellschaft darin bestehe, die Interessen der Herrschaftsperson wahrzunehmen, also ihr Dienste zu leisten. Deshalb liegt seiner Ansicht nach ein Dienstvertrag vor, d. h. die Dienste bestünden in einer Geschäftsbesorgung, und je nachdem, ob die Geschäftsbesorgung entgeltlich oder unentgeltlich sei, handle es sich um einen Dienstvertrag oder Auftrag. Er vergleicht das Organverhältnis ausdrücklich mit einem Anstellungsverhältnis⁶⁾ und untersucht im einzelnen, welche Vorschriften des BGB anwendbar sind und welche Rechte und Pflichten sich daraus ergeben⁷⁾. Nur als Beispiel sei angeführt, daß nach Hamburger die Pflichten der Organgesell-

1) Haussmann, Praxis S. 109/110; vgl. auch derselbe in Festschrift für Heinitz S. 222

2) Kronstein S. 46

3) über seine Einteilung der Abhängigkeiten vgl. S. 7/8

4) a. a. O. S. 54

5) Die Organgesellschaft, Gedächtnisschrift für Emil Seckel S. 261 ff.

6) Hamburger a. a. O. S. 273

7) Hamburger a. a. O. S. 300 ff.

schaft darin bestehen, die Weisungen zu befolgen - soweit nicht nach § 665 BGB Abweichungen zulässig sind -, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen (§ 666 BGB) und alles herauszugeben, was sie bei Ausführung der Dienste erlangt (§ 667 BGB). Unter den Rechten stellt er¹⁾ besonders das Recht auf Aufwendungsersatz nach § 670 BGB heraus, das ein Recht auf Befreiung von allen Verbindlichkeiten enthalte, die ihr im Rahmen der Geschäftsführung Dritten gegenüber entstehen. Man sieht, wie diese Betrachtungsweise unverkennbar von der Steuerrechtsprechung her beeinflußt ist, die sehr lange die Organschaft mit einem Anstellungsverhältnis verglichen hat²⁾.

A. Meise kommt in ihrer Untersuchung über die Rechtsnatur des Organverhältnisses³⁾ zu dem Ergebnis, daß man es mit einem Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag nicht erfassen könne. Es werde keine Arbeitsleistung geschuldet, sondern die Zuordnung eines Unternehmens, d. h. die organisierte Vermögenseinheit Organgesellschaft, müsse sich selbst, also ihre Substanz, in die Dienste der Herrschaftsperson stellen und sich damit als Teil der Gesamtorganisation des Organträgers darstellen⁴⁾. Sie sieht aber das rechtlich erfaßbare Organverhältnis rein obligatorisch⁵⁾. Als vertragliches Subordinationsverhältnis stehe es dem Dienstvertrag nahe, Dienst- und Auftragsrecht seien nur sehr beschränkt anwendbar, die entsprechenden Rechtsgrundsätze seien aus dem Organverhältnis als einem besonders gearteten Gestionsverhältnis⁶⁾ abzuleiten⁷⁾.

Auch Rasch⁸⁾ bezeichnet die Organschaft als eine Art Anstellungsverhältnis, als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, und für den häufi-

1) Hamburger a. a. O. S. 314

2) Vgl. auch noch RFH Slg. 4/172; 5/317; 9/146

3) Meise a. a. O. S. 15 ff.

4) Meise a. a. O. S. 26

5) Meise a. a. O. S. 30

6) Meise a. a. O. S. 48

7) Vgl. auch Brandt Diss. 3. Abschnitt

8) Rasch, Konzernrecht S. 85/86

geren Fall unentgeltlicher Dienstleistung als Auftrag. Er hält die Vorschriften des Auftrags- und Dienstvertragsrechts für entsprechend anwendbar (§§ 665, 666, 667 BGB) und weist auch auf gewisse Normen des Kommissionsrechts hin¹⁾. Bei Friedländer findet sich keine ausdrückliche zivilrechtliche Erörterung der Organgesellschaft, aber er rechnet jedenfalls alle Verträge, die der Konzernverflechtung dienen, dem Schuldrecht zu²⁾. Eine schuldrechtliche Betrachtung zumindest der Ergebnisausschlußvereinbarung liegt auch dem Gutachten des BDI-DIH zu Grunde, wo angenommen wird, daß es sich um einen betrieblichen Vorgang handelt, bei dem Leistung und Gegenleistung ausgeglichen seien³⁾.

Erst in neuerer Zeit ist die schuldrechtliche Natur des Organvertrages angezweifelt worden. Man spricht von der gesellschaftsrechtlichen Natur⁴⁾. Auch nach Mestmäcker⁵⁾ ist das Organverhältnis mittels schuldrechtlicher Maßstäbe nicht zu erfassen. Er selbst charakterisiert den Vertrag nicht eindeutig, sondern stellt lediglich dessen deklaratorische Wirkung heraus⁶⁾. Flume⁷⁾ meint, der Vertrag sei unternehmensrechtlicher Natur.

Die nachfolgende Darstellung des Vertrages als Grundlage der Unternehmenszuordnung wird dartun, daß durch den Vertrag primär nicht obligatorische Beziehungen zwischen zwei Gesellschaften entstehen, es sich vielmehr um einen Vertrag eigener Art handelt, der der Obergesellschaft einerseits die zur Unternehmenstätigkeit erforderliche Leitungsmacht einräumt und andererseits die Grundlage für eine Vermögensverbindung ohne Fusion zwischen den beiden Gesellschaften schafft. Zur Erfassung der Rechtsnatur des

1) Vgl. auch von Wallis, Aktiengesellschaft 1957/99 unter Hinweis auf Rasch

2) Friedländer, Konzernrecht S. 100 unter ausdrücklicher Nennung des Organvertrages in Note 1)

3) Sonderbeilage zum BB 1957 Heft 14 S. 17

4) Ballerstedt DB 56/815; vgl. auch derselbe in DB 57/837

5) Mestmäcker, Verwaltung S. 324

6) a. a. O. S. 325

7) Flume DB 56/455 ff.

Organvertrages war es notwendig, diese zwei Hauptbestandteile getrennt zu untersuchen.

II. Der Organvertrag als Grundlage der Unternehmenszuordnung

1) Allgemeines über die Unternehmensverbindung

Der Kernpunkt der steuerlichen Betrachtung ist die Eingliederung des Unternehmens der Organgesellschaft nach Art einer Betriebsabteilung¹⁾. Wenn man die Rechtsnatur des Organvertrages zivilrechtlich einigermaßen erfassen will, so muß man von dieser Zuordnung des Unternehmens ausgehen, denn die Rechtsfigur der Organschaft ist auf das Unternehmen bezogen²⁾. In dieser Richtung hat bereits R. Isay³⁾ gedacht, als er das Organverhältnis von der wirtschaftlichen Einheit her zu begreifen versuchte. Allerdings waren seine Untersuchungen darauf beschränkt, wie sich das Recht am Unternehmen bei Organverhältnissen darstellt. Er kam zu dem Ergebnis, daß an dem komplexen Unternehmen außer den Rechten am Einzelunternehmen ein selbständiges Recht am Gesamtunternehmen bestehe, das den Einzelunternehmern gemeinsam zusteht⁴⁾.

Es gilt hier zu wiederholen, daß es nicht Aufgabe der Arbeit ist, ausführliche unternehmensrechtliche Untersuchungen anzustellen. Es mögen einige Hinweise genügen. Man wird mit Giesecke⁵⁾ davon ausgehen können, daß es überhaupt unrichtig ist, eine Begriffsbestimmung des Unternehmens vorzunehmen⁶⁾. Einen geschlossenen Rechtsbegriff Unternehmen gibt es nicht. Das Wesen des Unterneh-

1) s. u. S. 19

2) Vgl. Flume DB 1955/489; Schilling JZ 57/529, der herausstellt, daß man den Konzern zwar als einheitliches Unternehmen behandelt, daraus aber zu wenig Konsequenzen zieht.

3) Isay, Recht am Unternehmen S. 96 ff.

4) Isay a. a. O. S. 101 ff.; diese Frage betrifft natürlich nur einen kleinen Teilausschnitt aus dem Organverhältnis.

5) Giesecke, Festschrift für Heymann S. 118

6) Vgl. auch Brecher S. 128

mens ist nicht durch eine juristische Definition festzulegen¹⁾. Die Rechtsordnung findet das Unternehmen als vielschichtiges Gebilde des Lebens vor. Dieser Tatbestand ist Anknüpfungspunkt für die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen. Diese erfassen das Gebilde Unternehmen aber jeweils nur von einer oder mehreren Seiten her; soweit sie eine rechtliche Gestaltung des Unternehmens bezwecken, sind sie immer nur einseitig. Man setzt sich damit in Widerspruch, wenn man einen Rechtsbegriff des Unternehmens konstruiert. Es ist lediglich Aufgabe der Rechtswissenschaft, die verschiedenen rechtlichen Betrachtungsweisen des Unternehmens, die sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergeben, darzustellen, sie miteinander in Verbindung zu bringen und daraus die Folgerungen zu ziehen. Danach kann das Unternehmen als privatwirtschaftliche Einheit sowohl dynamisch als auch statisch aufgefaßt werden²⁾. Dynamisch, indem man den Blick auf die Funktion im Wirtschaftsablauf, die Unternehmertätigkeit, den Einsatz von Mitteln richtet, und statisch, indem man als Unternehmen das organisatorische gegenständliche Gebilde ansieht, durch das die Funktion verwirklicht und die Unternehmertätigkeit ausgeübt wird, also den Bestand an Mitteln³⁾. Die Frage nach der Anerkennung des Unternehmens als selbständiger Rechtsgegenstand hat eingehend Brecher untersucht und kommt zu dem Ergebnis⁴⁾, daß das Unternehmen ein werdender, partieller und hinkender Rechtsgegenstand, aber dennoch ein Rechtsgegenstand höherer Ordnung sei.

Dieses Unternehmen der Organgesellschaft wird durch die Eingliederung in die Obergesellschaft vernichtet. Es kann dazu im wesentlichen auf die oben⁵⁾ gemachten Aus-

1) Gierke, ZHR 111/1 ff, versucht als Definition "Inbegriff von Tätigkeiten, die eine Wirtschaftseinheit bilden"; diese sagt aber nichts aus.

2) Giesecke, Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht S. 607

3) ähnlich auch Gierke, ZHR 111/7

4) Brecher S. 129

5) s. o. S. 7 ff.

führungen verwiesen werden. Nochmals kurz zusammengefaßt ergibt sich dann folgendes Bild: Das Unternehmen in seiner statischen Erscheinungsform, also als Bestand von Mitteln, bleibt rechtlich zwar der Organgesellschaft zugeordnet, die Obergesellschaft erhält aber daran das umfassendste überhaupt denkbare Nutzungsrecht, womit ein Zustand hergestellt wird, der wirtschaftlich einer Fusion gleichkommt. Die dynamische Seite des Unternehmens, die Unternehmertätigkeit, die jenen "Inbegriff von Sachen, Rechten, Verbindlichkeiten, Arbeitsverhältnissen und tatsächlichen Beziehungen"¹⁾ mit Leben anfüllt, geht von der Obergesellschaft aus. Das Steuerrecht fordert ganz scharf das Fehlen eines eigenen Willens bei der Organgesellschaft (die Grundlage jeder Unternehmertätigkeit) und erkennt damit, daß die Unternehmertätigkeit von der Muttergesellschaft ausgeübt wird.

Ballerstedt²⁾ meint, daß eine unternehmensrechtliche Einheit durch das Organverhältnis nicht hergestellt wird. Er weist einmal auf die wettbewerbsrechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft hin; eine Unterlassungsklage gegen die Muttergesellschaft nach § 13 III UWG wegen Wettbewerbsverstößen der Tochtergesellschaft wäre seiner Meinung nach unbegründet. Er legt auch dar, daß die Organgesellschaft bei Patentverletzungen selbst hafte (so weit die Obergesellschaft nicht als mittelbare Patentbenutzerin in Anspruch genommen werden kann), im allgemeinen nicht Verrichtungsgehilfin (§ 831 BGB) der Muttergesellschaft sei und sich im Montanrecht eine unternehmerische Selbständigkeit bewahrt habe, da Geldbußen und Zwangsgelder z. B. nach Art. 47 III, Art. 50 § 3, Art. 54 VI des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. 4. 1951³⁾ nur gegen die Gesellschaft festgesetzt werden können, die gegen die fraglichen Pflichten verstößt. Er weist ferner

1) Rasch, Konzernrecht S. 23

2) Ballerstedt DB 1956 S. 813 ff.

3) in Kraft getreten am 23. 7. 1952 nach Gesetz vom 29. 4. 1952

darauf hin, daß die Organgesellschaft weiterhin Kaufmannseigenschaft besitze, ihr Firmenrecht fortbestehe und der Geschäftsbetrieb der Organgesellschaft nicht der der Herrschaftsperson sei (eine Frage, die für die Einführung eines Konzernzeichens Bedeutung hatte).

Diese Argumentation geht aber an der Sache vorbei. Die Organgesellschaft bleibt juristische Person, sie ist Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten, ist wettbewerbsrechtlich, patentrechtlich und marktrechtlich voll verantwortlich. Dies schließt aber nicht aus, zu sagen, daß die gegenständliche Seite des Unternehmens der Untergesellschaft in eigenartiger Weise mit dem der Obergesellschaft verbunden wird und die Organgesellschaft keine eigene Unternehmertätigkeit mehr ausübt, weil die Leitung des Unternehmensverbundes ausschließlich bei der Muttergesellschaft liegt. Die Organgesellschaft ist eben ein eigenartiges Zwischengebilde zwischen einer völlig selbständigen Gesellschaft und der Vollfusion. Man wird ihr nicht gerecht, wenn man nur auf ihre eigene Rechtspersönlichkeit hinweist, den Unternehmenszusammenhang als Kern der organschaftlichen Verbindung aber außer Acht läßt¹⁾.

Es geht darum, wie der Organvertrag als Grundlage des Unternehmensverbundes rechtlich zu qualifizieren ist. Dazu soll nachfolgend eine Zweiteilung vorgenommen werden, die sich in allen Organverträgen andeutet. Zunächst wird darin festgelegt, daß die Organgesellschaft nach dem Willen und den Anweisungen des Organträgers zu handeln hat²⁾, und weiter, daß die Tochtergesellschaft in Verfolgung der engen Eingliederung auf finanziellem, wirtschaftlichem und organisatorischem Gebiet verpflichtet ist, ihre Geschäftsergebnisse (Gewinn und Verlust) vor Feststellung des Jahresabschlusses unmittelbar an die Obergesellschaft abzuführen bzw. mit dieser zu verrechnen. Einmal soll die Obergesellschaft eine umfassende Leitungsbefugnis erhal-

1) Vgl. auch Flume DB 1955 S. 488/89; derselbe DB 1957/440; derselbe in Steuerberaterjahrbuch 1958/59 S. 294

2) Vgl. Muster eines Organvertrages bei Bühler S. 315/316

ten, damit sie die Tätigkeit der Organgesellschaft bestimmen kann. Dies entspricht der Tatsache, daß die subjektive Seite des Unternehmens von der Muttergesellschaft ausgeübt wird; zum anderen soll eine Vermögenseinheit hergestellt werden, deren wesentlichster Ausfluß die Ergebnisübernahme darstellt. Dies entspricht der Zuordnung bezüglich der gegenständlichen Seite des Unternehmens, die zwar rechtlich der Organgesellschaft zugeordnet bleibt, aber ausschließlich der Muttergesellschaft dient.

2) Ausschluß des eigenen Willens und Übertragung der Leitungsmacht

Wenn man die Unterwerfung unter den Willen der Obergesellschaft betrachtet, so kommt man zwangsläufig zu dem Organ, von dem bei der Aktiengesellschaft normalerweise der unternehmerische Wille ausgeht, nämlich dem Vorstand. Nach § 70 AktG ist der Vorstand zu selbständiger Unternehmensleitung unter eigener Verantwortung berufen. Diese Leitungsbefugnis ist sein Recht und seine Pflicht. Die Selbständigkeit soll ihn dazu befähigen, die verschiedenen Interessen in der Aktiengesellschaft auszugleichen, nämlich die der Aktionäre, die der im Unternehmen tätigen Arbeiter und die Interessen und Bedürfnisse des Allgemeines¹⁾. Eine rechtliche Bindung des Vorstandes, nach fremden Weisungen zu handeln und seine Geschäftstätigkeit nach dem Interesse der Konzernspitze auszurichten, besteht normalerweise nicht.

Der Aufsichtsrat der Organgesellschaft, dem unter Umständen Mitglieder des Vorstandes der Obergesellschaft angehören, ist rechtlich nicht in der Lage, den Vorstand seinen Weisungen zu unterwerfen²⁾. Er kann lediglich anordnen, daß zu bestimmten Geschäften seine Zustimmung einzuholen ist (§ 95 IV AktG). Die Hauptverwammlung vermag in Fragen der Geschäftsführung einen Beschluß, der den

1) Vgl. Würdinger, Aktienrecht 121/122; Mestmäcker, Verwaltung S. 34

2) Der Aufsichtsrat hat allerdings auch nicht diese Aufgabe.

Vorstand bindet, nur dann zu fassen, wenn der Vorstand sie darum angeht (§ 103 II AktG). Dies aber liegt in seinem Ermessen. Auch die Satzung kann grundsätzlich lediglich die Bindung des Vorstandes an die Zustimmung des Aufsichtsrates zu bestimmten Geschäften vorschreiben, nicht aber seine Selbständigkeit in Fragen der Geschäftsführung generell beschränken.

Damit hat man ein Hauptziel des Organvertrages erkannt. An die Stelle des Unternehmerwillens der Organgesellschaft soll derjenige der Obergesellschaft gesetzt werden, die Untergesellschaft darf keinen eigenen Willen mehr haben, damit das Unternehmen nach dem Konzerninteresse geleitet werden kann. Dies setzt aber voraus, daß die eigenverantwortliche Leitungsbefugnis des Vorstandes beseitigt wird. Dabei soll zunächst dahingestellt bleiben, ob dies nach geltendem Recht zulässig ist, es geht hier nur um die rechtliche Qualifizierung des Organvertrages. Danach wandelt der Organvertrag aber die Verfassung der Organgesellschaft¹⁾, indem er das oben beschriebene Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung umstülpt. Der Mehrheitsaktionär, der sonst nur Rechte im Rahmen der Hauptversammlung hat, bestimmt jetzt die Richtlinien der Geschäftsführung. Es geht also nicht darum, daß die juristische Person bestimmte Leistungen zu erbringen hat und die Obergesellschaft etwa einen schuldrechtlichen Anspruch auf Geschäftsbesorgung und Dienstleistung der Organgesellschaft erwirbt, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit der Organgesellschaft soll auf die Obergesellschaft abgestimmt werden²⁾ dergestalt, daß deren Wille und Interesse bestimmend sind. Der Unterschied zum Auftragsvertrag besteht also darin, daß die Organgesellschaft nicht fremde Geschäfte für einen anderen besorgt, sondern ihre eigene Tätigkeit nach einem anderen Willen ausrichtet und dieser Wille der Organgesellschaft nicht durch ihre gesellschaftsrechtlich dazu bestimmten Organe, sondern durch

1) Ballerstedt DB 1957/837

2) Flume DB 1956/455 ff.

die Obergesellschaft bestimmt wird¹⁾. Durch den Organvertrag soll der Muttergesellschaft eine Rechtsstellung eingeräumt werden, die sie im Rahmen der allgemeinen aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung nicht hat. Das kann aber mit schuldrechtlichen Grundsätzen nicht mehr erklärt werden. Die Obergesellschaft erhält nicht einen schuldrechtlichen Anspruch auf Befolgung ihrer Weisungen, sondern die nach dem Gesetz und der Satzung geltenden Regeln für die Bestimmung des Willens der Organgesellschaft sollen durch den Vertrag geändert werden²⁾. Durch den Vertrag wird, wie Flume³⁾ sich ausdrückt, der Rechtsstatus der Abhängigkeit begründet. Es wird für die Organe der Unter- gesellschaft eine neue Zuständigkeit und Funktion festgelegt, nämlich die Weisungen der Konzernspitze zu befolgen. Deshalb wird durch den Vertrag auch nicht die juristische Person als solche gebunden, sondern die Organe der Unter- gesellschaft⁴⁾. Der Vertrag schafft insoweit keine schuld- rechtlichen Rechte und Verpflichtungen, sondern er bildet die rechtliche Grundlage der Unternehmenszuordnung bei Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der Organge- gesellschaft und setzt damit ähnlich wie die Satzung ob- jektive Normen für das Organverhältnis⁵⁾. Man kann den Vertrag als eine Art Satzung für den Unternehmensverbund ansehen, der die neue Zuständigkeitsordnung für die Wil- lensbildung festlegt und insoweit Gesetz und Gesellschafts- satzung ergänzt.

Man könnte einwenden, daß der Organvertrag die oben be- schriebenen Wirkungen nicht schafft, sondern diese be- reits durch die gesellschaftliche Machtlage, nämlich die Beherrschung der Organgesellschaft durch die Obergesell- schaft, entstehen⁶⁾, d. h. daß die Obergesellschaft allein schon durch die Tatsache der Beherrschung keinen eigenen

1) Vgl. Ballerstedt DB 1956/815

2) Vgl. Ballerstedt DB 1957/837

3) Flume DB 1959/195, allerdings schon im Hinblick auf den Weisungsvertrag des Referentenentwurfs.

4) Würdinger, Aktienrecht S. 206

5) Würdinger a. a. O. S. 208

6) Mestmäcker, Verwaltung S. 325

Willen mehr hat. Freilich werden Organverträge in aller Regel nur bei maßgeblicher Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft geschlossen, oft liegt sogar eine 100 %-ige Beteiligung vor. Dennoch kann man nicht sagen, daß dem Organvertrag lediglich deklaratorische Wirkung¹⁾ zukommt und er nur die Rechtsbeziehungen klar zeichnet, ohne sie zu schaffen. Es wird dabei verkannt, daß auch eine 100 %-ig beherrschte Gesellschaft rechtlich selbständig geführt werden kann und daß es grundsätzlich eine Bindung des Vorstandes an Weisungen nicht gibt. Es soll dabei nicht übersehen werden, daß in den meisten Fällen die tatsächliche Machtstellung der Obergesellschaft, die personelle Verflechtung der Vorstände und Aufsichtsräte genügt, um alle nur denkbaren Anweisungen in der Organgesellschaft durchzusetzen. Jedenfalls aber besteht keine rechtliche Bindung - ungeachtet der Wucht der Tatsachen -, vielmehr soll diese durch den Organvertrag erst geschaffen werden, die Begründung des Rechtsstatus der Abhängigkeit bedarf eines "Rechtsaktes"²⁾

Diese Betrachtung des Organvertrages wird auch gestützt durch die zukünftige gesetzliche Regelung. Der Regierungsentwurf enthält im 1. Teil des 3. Buches die Regelung der sog. Unternehmensverträge, ein Ausdruck, der neu ist, aber anzeigt, daß die unter dieser Sammelbezeichnung zusammengefaßten Vertragstypen in der Regel nur zwischen Unternehmen geschlossen werden und eine verschieden starke Unternehmenszuordnung begründen. Abgesetzt von den "anderen Verträgen"³⁾ werden in § 280 des Regierungsentwurfs der sog. Beherrschungsvertrag und der Gewinnabführungsvertrag aufgezählt, wobei unter Beherrschungsvertrag ein Vertrag zu verstehen ist, in dem eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bedeuten sachlich keine Neuerung, denn diese beiden Vertragstypen sind ge-

1) Mestmäcker, Verwaltung S. 325

2) Flume DB 1959/195

3) § 281 RegE

rade die hier behandelten Bestandteile des Organvertrages. Die Unterscheidung von den anderen Typen der Unternehmensverträge wird im Regierungsentwurf¹⁾ ausdrücklich mit der Sonderstellung gerechtfertigt, die dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zukommt, weil sie als "rechtliche Konzerngrundlage in die Verfassung der Aktiengesellschaft und in das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter" eingreifen. Damit sind die zwei in § 280 RegE²⁾ genannten Vertragstypen als Organisationsverträge³⁾ im oben herausgearbeiteten Sinn gekennzeichnet. Zwar betont die Begründung⁴⁾, daß sie die Rechtsnatur der Verträge nicht klären wolle, charakterisiert dann aber⁵⁾ die in § 281 RegE genannten Vertragstypen ausdrücklich "im Gegensatz zu den in § 280 behandelten Verträgen als schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung". Damit ist klargestellt, daß der Beherrschungsvertrag (sachlich der Ausschluß des eigenen Willens im Organvertrag) kein schuldrechtlicher Vertrag ist, sondern satzungsmäßig die Grundlage der Unternehmensverbindung darstellt. Der Referentenentwurf hatte noch in § 270 den Weisungsvertrag (sachlich der Beherrschungsvertrag) auf eine Stufe gestellt mit den Gewinnpool-, Interessengemeinschafts-, Pacht-, Betriebsführungs- und Betriebsüberlassungsverträgen. Dies hat der Regierungsentwurf gerade im Hinblick auf die besonderen Rechtsfolgen, die der Beherrschungsvertrag auslöst⁶⁾, geändert⁷⁾.

Durch den Beherrschungsvertrag, der begrifflich die für die Einzelgesellschaft geltende Ordnung⁸⁾ durchbricht, wird die eigenverantwortliche Leitung der Organgesellschaft durch den Vorstand beschränkt. Nur der Beherrschungsvertrag gibt nach dem Regierungsentwurf einem

1) Begründung zum RegE S. 216

2) RegE S. 66

3) Würdinger, Aktienrecht S. 206

4) Begründung a. a. O. S. 216

5) Begründung a. a. O. S. 217

6) RegE S. 217

7) Vgl. auch die Vorschläge von Flume in DB 1959/195 und von Würdinger in DB 1958/1447 ff.

8) RegE S. 217

herrschenden Unternehmen das Recht, die abhängige Gesellschaft unter seine Leitung zu stellen und sie, was besonders wichtig ist, auch zu für die Einzelgesellschaft nachteiligen Maßnahmen anzuweisen. Die Obergesellschaft erhält ein Leitungsrecht¹⁾. Die Organe der Untergesellschaft werden gebunden, die Weisungen der Konzernspitze, die diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit erläßt²⁾, zu befolgen. Danach kann über die Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages und damit über den Ausschluß des eigenen Willens im Organvertrag nach geltendem Recht nicht gezweifelt werden. Es handelt sich um einen Vertrag eigener Art, der die Verfassung der Organgesellschaft wandelt und insoweit objektive Normen als Grundlage des Unternehmensverbundes aufstellt. Der Beherrschungsvertrag des Regierungsentwurfs wird damit als Rechtsgrundlage der Konzernleitungsmacht zum Angelpunkt des Konzernrechts. Ob ein solcher Vertrag schon nach geltendem Recht zulässig ist, soll später (s. u. E und G) geprüft werden.

Wenn hier verneint wurde, daß der Organvertrag primär schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Gesellschaften begründet, so soll das nicht bedeuten, daß er nicht auch Bestandteile enthalten kann, die obligatorischer Natur sind und welche die juristische Person als solche verpflichten oder berechtigen. In der Praxis werden Organverträge schon heute häufig so abgeschlossen, daß den außenstehenden Aktionären eine Dividende garantiert wird. In diesem Fall erhält entweder die Untergesellschaft selbst oder der Minderheitsaktionär (dann, wenn das Dividendenversprechen ein unmittelbares Recht für ihn begründen soll, § 328 I BGB) einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung³⁾. Auch die nach dem Regierungsentwurf⁴⁾ vorgesehene Ausgleichsleistung für die freien Aktionäre, zu der sich die Obergesellschaft verpflichten muß, ist schuldrechtlicher Natur.

1) Dies bedeutet noch keine Leitungspflicht.

2) Vgl. § 297 RegE

3) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 211

4) RegE § 293

3) Fusionsähnliche Vermögenseinheit und Ergebnisausschluß

Der Organvertrag enthält neben der Unterwerfung unter den Willen der Obergesellschaft auch eine vermögensrechtliche Seite, deren wichtigster Teil die Ergebnisübernahme ist. Die Organgesellschaft soll finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen der Obergesellschaft nach Art einer Betriebsabteilung eingegliedert werden. Dies soll nichts anderes bedeuten, als daß die Muttergesellschaft als Mehrheitsaktionärin an der gegenständlichen Seite des Unternehmens der Tochtergesellschaft ein umfassendes Nutzungsrecht erhält, daß das Vermögen der beiden Gesellschaften fusionsgleich verbunden werden soll¹⁾ und daß der Ertrag des Vermögens der Organgesellschaft der Obergesellschaft zusteht, was ausdrücklich durch die Gewinnabführungspflicht festgelegt wird.

Wenn man einmal diese Ergebnisübernahme als markantesten Teil betrachtet, so ergibt sich die Pflicht zur Gewinnabführung nicht etwa aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis, wonach die Organgesellschaft schuldrechtlich verpflichtet wäre (§ 667 BGB), die gegenständlichen Einzelergebnisse ihrer Tätigkeit, die erworbenen Sachen und Rechte (z. B. das durch Verarbeitung begründete Eigentum), auf die Obergesellschaft zu übertragen²⁾, sondern die Gewinnabführung ist eine Folge der Vermögenseinheit und ergibt sich daraus, daß das Unternehmen nach Art einer Betriebsabteilung in die Obergesellschaft eingegliedert ist. Der Gewinn kann der Organgesellschaft so wenig wie einer unselbständigen Betriebsabteilung zustehen³⁾. Man mag einwenden, daß der Gewinn als unmittelbare Folge der rechtlichen Selbständigkeit (Gewinn als Saldo zwischen Aktiven und Passiven, die der Organgesellschaft zustehen) bei der Untergesellschaft entsteht. Das ist richtig, und durch den Organvertrag wird auch die rechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft nicht beseitigt, aber der Vertrag bildet die organisationsrechtliche Grund-

1) Würdinger, Aktienrecht S. 210

2) Ballerstedt DB 1956/814

3) ähnlich auch Flume DB 1956/457

lage¹⁾ für die unmittelbare Überleitung des Ergebnisses an die Obergesellschaft, ähnlich wie dies die satzungsrechtlichen und gesetzlichen Gewinnverteilungsvorschriften zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär regeln. Der Organträger erhält also den Gewinn aus einem doppelten Rechtsgrund. Soweit er an der Organgesellschaft beteiligt ist, bilden schon die aktienrechtlichen Gewinnverteilungsvorschriften die Grundlage; daneben und soweit es den Beteiligungsertrag übersteigt, ist Rechtsgrund der Vertrag. Wie sich dieser Vertragsteil zu den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung verhält, wird nachfolgend (s. u. G) geprüft.

Genauso verhält es sich mit der Verlustübernahme. Diese ergibt sich nicht aus der schuldrechtlichen Vorschrift des § 670 BGB über den Aufwendungsersatz, geht also nicht auf Ersatz des aus dem einzelnen Geschäft erwachsenen Verlustes²⁾, sondern der Verlust ist in der Höhe auszugleichen, in der er ohne Übernahme als Bilanzverlust erscheinen würde, und auch das ergibt sich unmittelbar daraus, daß die Obergesellschaft den Verlust des eingegliederten Unternehmens zu übernehmen hat, da sie als Unternehmerin das Risiko trägt. Der Organvertrag schafft also die Grundlage für eine "fusionsgleiche Substanzkoppelung"³⁾ und legt auch insoweit satzungs- und gesetzesähnliche Normen für die Verteilung des Gewinns und des Verlustes innerhalb des Unternehmensverbundes fest. Diese Betrachtung hindert allerdings nicht zu sagen, daß die einzelne Gesellschaft einen Anspruch auf Erfüllung hat, d. h. also, daß die Obergesellschaft die Abführung des Gewinns und die Organgesellschaft die Übernahme des Verlustes verlangen kann, denn auch dem Aktionär steht auf Grund der Vorschriften über die Gewinnverteilung ein unmittelbarer Anspruch auf Dividende zu, und diese Vorschriften lassen sich durchaus mit der Rechtslage vergleichen, die durch den Organvertrag entsteht.

1) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 210

2) Ballerstedt DB 1956/814

3) so Würdinger a. a. O. S. 210

Wenn dieser Gedanke auch zunächst befremdet, so hat doch die Dynamik der wirtschaftlichen Entwicklung dazu geführt, daß ein Unternehmen besteht, das rechtlich verschiedenen juristischen Personen zugeordnet ist, und diese Personen haben sich im Organvertrag eine Art Satzung gegeben, die dieses merkwürdige Gebilde auf eine rechtliche Grundlage stellt, d. h. die Zuständigkeit für die Geschäftsführung festlegt und die Art der Gewinnverteilung und Verlusttragung regelt. Es ist nicht einzusehen, warum man diese Art der Vermögensvereinigung ohne Fusion nicht zulassen soll. Man muß lediglich dafür sorgen, daß dies ohne eine Benachteiligung der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre geschieht. Das sind Probleme, die nachfolgend (s. u. G und H) behandelt werden.

Der Regierungsentwurf¹⁾ hat den Gewinnabführungsvertrag als vermögensrechtliche Ergänzung des Beherrschungsvertrages ausdrücklich an dessen Seite gestellt, ihn damit von den sonstigen Formen der Gewinngemeinschaft und Gewinnabführung²⁾ getrennt, weil er sich davon seinem Wesen nach grundlegend unterscheidet³⁾ und auch besondere Rechtsfolgen auslöst. Auch damit ist klargestellt, daß dieser Vertragstypus sachlich nicht dem Schuldrecht zugeordnet werden kann, sondern primär objektive Normen schafft. Der Regierungsentwurf statuiert in § 291 zwingend die Verlustübernahme und begründet insoweit keine wesentliche Neuerung, denn dies wurde bisher in der Praxis schon aus steuerlichen Gründen festgelegt.

III. Abgrenzung des Organvertrages von schuldrechtlichen Typen der Unternehmensverträge

Die Darstellung zu I hat gezeigt, daß die frühere Literatur den Organvertrag ohne große Bedenken in die Gruppe der obligatorischen Unternehmenszusammenfassungen ein-

1) § 280 RegE

2) § 281 RegE

3) RegE, Begründung S. 217

reihete¹⁾. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Organvertrag zwar seiner Rechtsnatur nach ein Vertrag, aber von eigener Art, und es erscheint daher zweckmäßig, ihn von den schuldrechtlichen Unternehmensverträgen abzugrenzen.

Die Vertragsfreiheit des Schuldrechts ermöglicht es, Verträge beliebiger Art zu schließen, doch ist Beschränkung auf die wichtigsten Typen geboten. Unter den verschiedenen Verträgen haben Pacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge eine besondere Bedeutung für die Praxis²⁾. Der Pachtvertrag im Sinn des § 581 BGB wird dadurch charakterisiert, daß die verpachtende Gesellschaft ihren Betrieb der Pächterin zu Besitz und Nutzung überläßt, diese das Unternehmen im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt und dafür eine Pachtvergütung³⁾ bezahlt⁴⁾. Die verpachtende Gesellschaft gibt ihre eigene produktive Tätigkeit auf und beschränkt sich auf den Empfang der Pachtvergütung, wird damit zur Rentnergesellschaft⁵⁾.

Das wirtschaftliche Ergebnis kann auch durch einen Betriebsüberlassungsvertrag erzielt werden⁶⁾. Hier übernimmt die "Pächterin" das Unternehmen der "Verpächterin" mit allen Arbeitskräften im eigenen Betrieb und für eigene Rechnung, handelt aber nach außen im Namen der "Verpächterin"⁷⁾. Da die überlassende Gesellschaft aus den abgeschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet

-
- 1) Über die Zweiteilung vgl. auch Rasch, Konzernrecht S. 39; Friedländer, Konzernrecht S. 64 S. 100
 - 2) Musterverträge bei Rosendorff S. 120 ff.; Haussmann, Praxis S. 106 ff.; vgl. auch Rasch a. a. O. S. 62
 - 3) unter Umständen in Form einer Dividendengarantie, vgl. dazu Friedländer a. a. O. S. 111
 - 4) Vgl. auch Schlegelberger Anm. 8 zu § 256; Würdinger, DB 1958/1449; Würdinger, Aktienrecht S. 200; vgl. auch RegE § 281 I Ziff. 3
 - 5) Vgl. § 256 II AktG, der deshalb die Zustimmung der Hauptversammlung fordert.
 - 6) Vgl. Schlegelberger Anm. 9 zu § 256; RegE § 281 I Ziff. 3
 - 7) Rasch a. a. O. S. 62; Friedländer a. a. O. S. 101; vgl. auch Würdinger, Aktienrecht S. 202

wird, vereinbart man im Innenverhältnis, daß alle Rechte und Pflichten für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft begründet gelten, diese damit die "Verpächterin" von allen Verbindlichkeiten und Haftungen befreit. Es handelt sich um eine sog. Innenpacht, auf die das Pachtrecht weitgehend anwendbar ist; daneben gelten auch die Auftragsregeln¹⁾.

Auch der sog. Betriebsführungsvertrag ist eine abgewandelte Pacht, gemischt mit anderen Vertragselementen²⁾. Eine Gesellschaft führt dabei ihr Unternehmen zwar selbst weiter, verpflichtet sich aber einer anderen Gesellschaft gegenüber, dies so zu tun, als ob diese den Betrieb gepachtet hätte³⁾. Die betriebsführende Gesellschaft wird beauftragt, ihren Betrieb für Rechnung und nach außen im Namen der auftraggebenden Gesellschaft so zu führen⁴⁾, wie ihn die andere Gesellschaft als Pächterin führen könnte. Sie erhält dafür eine Vergütung, die inhaltlich ein Entgelt für die Geschäftsführung und zugleich eine Art Pachtzins ist. Die Auftraggeberin wird Trägerin der Ansprüche und Verbindlichkeiten, d. h. ihr fällt das Geschäftsergebnis ohne weiteres zu⁵⁾.

Natürlich ist die rein begriffliche Scheidung der Vertragstypen leichter als in der Praxis, die rechtliche Analyse muß sich an die konkrete Gestaltung im Einzelfall anlehnen; es werden sich dabei zahlreiche Mischtypen ergeben. Auf abgrenzende Kriterien soll nicht näher eingegangen werden, da dies für den verfolgten Zweck nicht erforderlich ist⁶⁾.

Die oben skizzierten Verträge haben alle die gleiche

1) Rasch a. a. O. S. 62; Friedländer a. a. O. S. 107

2) Vgl. Schlegelberger Anm. 10 zu § 256; vgl. dazu auch Würdinger, Aktienrecht S. 201

3) Vgl. Würdinger DB 1958/1449

4) Anders jetzt RegE § 281 I Ziff. 4, der klarstellt, daß es sich um eine Führung im eigenen Namen handelt.

5) Rasch a. a. O. S. 63

6) Vgl. dazu Rasch a. a. O. S. 62; Friedländer a. a. O. S. 101 ff.; Haussmann, Praxis S. 106 ff.

rechtliche Wirkung, sie begründen schuldrechtliche Beziehungen zwischen den beteiligten Gesellschaften¹⁾, die juristischen Personen als solche werden verpflichtet und berechtigt, es tritt keine Verfassungswandlung auf, die gesellschaftsrechtliche Stellung der Organe innerhalb der Gesellschaft bleibt unberührt. Wenn bei der Verpachtung des Unternehmens die verpachtende Gesellschaft kein eigenes Unternehmen mehr betreibt, dann muß der Vorstand dies auch nicht mehr leiten, er hat jetzt die Verpächterpflichten zu erfüllen und auf die Einhaltung der entsprechenden Rechte zu achten. Dennoch ist er rechtlich selbständig, die Pächterin kann keine bindenden Weisungen erteilen. Beim Betriebsführungsvertrag ist die andere Gesellschaft auf die Erteilung von Weisungen beschränkt, die sie als Pächterin selbst durchführen könnte²⁾.

Ganz anders ist dies beim Organvertrag, in dem der eigene Wille der Organgesellschaft ausgeschlossen wird. Die eigenverantwortliche Stellung des Vorstandes soll jetzt gerade beseitigt werden³⁾, eine neue gesellschaftsrechtliche Leitungszuständigkeit wird begründet und damit eine wesentliche Änderung in der Zuständigkeitsordnung herbeigeführt. An dieser Betrachtung ändert sich auch nichts, wenn man für die obengenannten Verträge darauf hinweist⁴⁾, daß auch diese nur dazu dienen, das Unternehmen der Untergesellschaft in den Konzern einzugliedern, und daß sie in aller Regel nur zwischen Gesellschaften geschlossen werden, bei denen eine an der anderen maßgeblich beteiligt ist. Man muß eben unterscheiden zwischen der rein faktischen Beherrschungsmöglichkeit auf Grund einer Beteiligung und der rechtlichen Bindung der Gesellschaftsorgane an Weisungen von Stellen außerhalb der Gesellschaft. Der Organvertrag steht mit Betriebsverpachtungen und Betriebsüberlassungen rechtlich nicht auf einer Stufe, auch wenn § 256 AktG sie gleichstellt. Bei letzteren Ver

1) Würdinger, Aktienrecht S. 206

2) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 202

3) Vgl. Duden BB 1957/1234

4) Mestmäcker, Verwaltung S. 317, S. 320, S. 321

trägen trennt sich die Gesellschaft von einem Objekt, beim Organvertrag gibt sie ihr Eigenleben auf¹⁾. Es mag richtig sein, daß die obengenannten Verträge auch nicht ohne Problematik sind, es auch bei ihnen gewisser Vorschriften zum Schutz von Gesellschaft und außenstehenden Aktionären bedarf²⁾, es geht hier aber nur um die Rechtsnatur dieser Verträge, und dabei unterscheidet sich der Organvertrag mit Unterwerfungsklausel grundlegend von den übrigen Verträgen mit Austausch von Leistung und Gegenleistung³⁾.

Zum Vergleich soll auch die Zusammenfassung durch Interessengemeinschaftsvertrag herangezogen werden. Der Ausdruck Interessengemeinschaft ist außerordentlich vielseitig, und unter ihm verbirgt sich eine ganze Reihe von verschiedenen Verträgen⁴⁾. Es sollen hier mit Rasch⁵⁾ nur solche Zusammenschlüsse als Interessengemeinschaft bezeichnet werden, denen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu Grunde liegt. In einfachster Form findet man das dann, wenn sich Gesellschaften zusammenschließen, um ihre Gewinne zusammenzuwerfen und nach einem besonderen Schlüssel wieder untereinander zu verteilen⁶⁾. In aller Regel wird allerdings neben der Gewinngemeinschaft eine Verwaltungsgemeinschaft bestehen⁷⁾, bei der sich die Mitglieder der Interessengemeinschaft verpflichten, zur Vereinheitlichung der Geschäftsführung ein Gemeinschaftsorgan zu schaffen (das sich etwa aus den Mitgliedern der Vorstände der beteiligten Gesellschaften zusammensetzt) und dessen Weisungen zu befolgen. Der Umfang des Weisungs-

1) Flume, DB 1956/456; vgl. derselbe in DB 1959/195

2) Vgl. RegE § 281 ff.

3) RegE, Begründung S. 217

4) Vgl. Friedländer a. a. O. S. 114; Rasch a. a. O. S. 72; Musterverträge bei Rosendorff S. 124; Haussmann, Praxis S. 132

5) a. a. O. S. 72; vgl. auch Friedländer a. a. O. S. 116

6) Vgl. Schlegelberger Anm. 2 und 3 zu § 256; vgl. auch RegE § 281 I Ziff. 1; über die Probleme der Errechnung und Verteilung vgl. Rasch a. a. O. S. 74/75; Friedländer a. a. O. S. 119

7) Rasch a. a. O. S. 76; Friedländer a. a. O. S. 116

rechts wird durch Vertrag bestimmt¹⁾. Die Verpflichtung der beteiligten Gesellschaften, die von dem Gemeinschaftsorgan beschlossenen Geschäftsführungsmaßnahmen zu vollziehen, ist schuldrechtlicher Art. Die einzelnen Gesellschaften der Interessengemeinschaft sind als juristische Personen wie die Mitglieder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft an die von den Geschäftsführern beschlossenen Maßnahmen gebunden²⁾. Gesellschaftsrechtlich tritt keine Änderung ein. Damit unterscheidet sich auch die Zusammenfassung durch Interessengemeinschaftsvertrag grundsätzlich von der organschaftlichen Eingliederung.

IV. Vergleich des Organvertrages mit Gesellschaftsvertrag und Verschmelzungsvertrag

Um die Rechtsnatur des Organvertrages noch besser zu erfassen, soll er hier mit zwei Verträgen verglichen werden, die eine ähnliche rechtliche Natur aufweisen, nämlich dem Gründungsvertrag zur Feststellung der Satzung (§ 2 AktG) und dem Verschmelzungsvertrag (§ 235 AktG).

Die Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages war und ist umstritten. Der Streit geht darüber, ob es sich bei der Feststellung der Satzung um einen Vertrag oder um einen aus parallelen Erklärungen sich zusammensetzenden Gesamtakt handelt³⁾. Der Streit hat sich letztlich an der Behandlung der Willensmängel bei Vertragsschluß entzündet. Für die Lösung dieser Probleme ist es aber gleichgültig, welcher Theorie man sich anschließt⁴⁾. Die Feststellung der Satzung setzt einen rechtsgeschäftlichen Konsens aller beteiligten Gründer voraus, im Mittelpunkt steht also ein Vertrag⁵⁾. Die Verschiedenheiten der Beurteilung er-

1) Rasch a. a. O. S. 77

2) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 199

3) Schmid-Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG § 2 Anm. 2; Schlegelberger § 2 Anm. 6

4) Schlegelberger a. a. O.; Würdinger, Aktienrecht S. 103

5) Schlegelberger a. a. O. § 2 Anm. 7; Würdinger a. a. O.; Schmid-Meyer-Landrut a. a. O. § 2 Anm. 2

geben sich daraus, daß dieser Vertrag einerseits die inneren Rechtsbeziehungen der Mitglieder regelt, andererseits aber auch den Zusammenschluß mehrerer Personen zu einer selbständigen Rechtspersönlichkeit darstellt (sich insoweit mit einer Erklärung an die Öffentlichkeit wendet), erst durch die konstitutive Eintragung ins Handelsregister wirksam wird und autonomen Charakter trägt, weil er gesetzesähnliche Normen enthält. Dieses Element darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich grundsätzlich um einen Vertrag handelt¹⁾, denn Personen, die sich zusammenschließen, um eine Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen, müssen notwendig zu diesem Zweck in vertragliche Beziehungen treten. Der Vertrag, der geschlossen wird, ist freilich besonderer Art, er ist kein gewöhnlicher Gesellschaftsvertrag²⁾. Während es sich bei einem Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, der die wechselseitigen subjektiven Rechte und Pflichten der Gesellschafter festlegt (§ 241 BGB), einigen sich die Beteiligten bei der Feststellung der Satzung auf die für sie verbindlichen objektiven Normen, die künftig das Leben der Gesellschaft bestimmen sollen und das Gesetz ergänzen oder - soweit zulässig - abändern³⁾. Es werden nicht Verpflichtungen begründet und Leistungen ausgetauscht, sondern normativ die Ordnung der Gesellschaft festgelegt, die gesellschaftliche Organisation und die bestehenden Zuständigkeiten bestimmt und die Mitgliedschaftsrechte ausgestaltet.

Auch der von den Gründern geschlossene Gesellschaftsvertrag stellt nicht nur die Satzung bindend⁴⁾ fest, sondern kann daneben ähnlich wie der Organvertrag auch noch schuldrechtliche Verpflichtungen festlegen. Z. B. ergibt sich daraus der Anspruch der Gründer untereinander auf Mitwirkung und Vollzug all der Maßnahmen, deren Durchführung zur Entstehung der Aktiengesellschaft notwendig ist.

1) siehe Note 5) S. 49

2) Schmid-Meyer-Landrut a. a. O. § 2 Anm. 3

3) Würdinger, Aktienrecht S. 104, der diese Rechtsnatur als Organisationsvertrag herausstellt.

4) Vgl. auch BGHZ 29/300

Der Verschmelzungsvertrag hat eine ähnliche Rechtsnatur¹⁾. Mit ihm werden die Verschmelzungsbedingungen zwischen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft festgelegt. Auch er begründet primär nicht schuldrechtliche Verpflichtungen und Rechte der beiden Gesellschaften, sondern bildet die Grundlage des Verschmelzungsverganges. Es wird durch ihn kein Schuldverhältnis geschaffen, sondern er enthält wie die Satzung objektive Normen, nach denen sich in Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften die Verschmelzung vollzieht; z. B. wird das übergehende Vermögen bestimmt und geregelt, in welchem Verhältnis die Beteiligungen der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sich an dem verschmolzenen Gesamtvermögen fortsetzen. Der Vermögensübergang vollzieht sich dann auf der Grundlage des Gesetzes und der Normen des Vertrages. Die Organe der beiden Gesellschaften sind an die Regelung des Vertrages gebunden²⁾. Es steht allerdings auch nichts entgegen, in dem Verschmelzungsvertrag schuldrechtliche Abmachungen z. B. über die Übernahme von Vorstandsmitgliedern zu treffen.

Wie der Gesellschafts- und Verschmelzungsvertrag ist auch der Organvertrag schuldrechtlich nicht zu erfassen, sondern er ist das Lebensgesetz des Unternehmensverbundes. Es entsteht nicht eine neue Rechtspersönlichkeit wie nach der Feststellung der Satzung, und es geht auch nicht eine juristische Person unter wie bei der Verschmelzung, sondern es bleiben zwei selbständige Rechtspersönlichkeiten bestehen, denen ein Unternehmen zugeordnet ist. Konventionellem Denken mag dieses merkwürdige Gebilde fremd erscheinen, aber die wirtschaftliche Entwicklung kann nicht dogmatischen Prinzipien untergeordnet werden, sondern die Rechtswissenschaft hat dafür zu sorgen, daß für die wirt-

1) Vgl. dazu insbesondere Würdinger S. 279

2) Für die dargestellte Rechtsnatur des Verschmelzungsvertrages: Godin-Wilhelmi § 235 Anm. 1; Würdinger, Aktienrecht S. 280; anderer Ansicht wohl noch Weipert in Großkomm. § 237 Anm. 21, der ihn als Verpflichtungsgeschäft qualifiziert.

schaftlichen Kräfte die gemäßen Formen im Ausgleich aller beteiligten Interessen gefunden werden.

Dem geltenden Recht ist der Organvertrag in der herausgestellten Rechtsnatur unbekannt. Daraus läßt sich noch nicht folgern, daß er unzulässig ist. Nicht seine Rechtsnatur macht ihn unzulässig, sondern dies kann nur dann der Fall sein, wenn er gegen zwingende Grundsätze unseres Rechts verstößt. Dies zu prüfen ist die Aufgabe der folgenden Darstellung.

E. Die Organschaft in ihrem Verhältnis zur
"S e l b s t ä n d i g k e i t" der Aktiengesellschaft

I. Das Problem und die organisationsrechtlichen Grenzen
organschaftlicher Eingliederung

Die Organgesellschaft hat selbst keinen eigenen Willen mehr, der Organvertrag bezweckt, die Leitungsmacht auch rechtlich auf den Großaktionär zu übertragen und damit zu erreichen, daß die Untergesellschaft völlig heteronom bestimmt ist. Die innere Verfassung der Organgesellschaft, d. h. die Zuständigkeitsordnung innerhalb der Organe der Gesellschaft, ist umgestülpt und erweist sich als sinnentleerte Formalie. Demgegenüber steht das Leitbild der unabhängigen Aktiengesellschaft, für die das Gesetz durch seine Zuständigkeitsordnung die Interessen der Aktionäre und der Verwaltung auszugleichen sucht¹⁾. Darin leitet der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 70 AktG) und bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik; der Aufsichtsrat hat nur überwachende Funktionen, und die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn der Vorstand dies ausdrücklich verlangt (§ 103 II AktG). Die Konzerngewalt trifft auf diese differenzierte Zuständigkeitsordnung, die in der Organgesellschaft durch die vertragliche Pflicht, nach dem Willen der Obergesellschaft zu handeln, ersetzt werden soll. Es stellen sich daher die Fragen, ob dieser Zuständigkeitsverschiebung irgendwelche Grenzen gesetzt sind, ob die Organe der Aktiengesellschaft ersetzt werden können und ob sich ein Mindestmaß rechtlicher Selbständigkeit etwa aus dem Wesen der juristischen Person oder ihrer Regelung im Aktienrecht ergibt.

1) Ausführlich über die gesetzliche Zuständigkeitsordnung und deren Grundlagen bei der selbständigen Aktiengesellschaft: Mestmäcker, Verwaltung S. 79 ff.

1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die Fragen wurden teilweise in der Literatur¹⁾ ohne spezielle Beschränkung auf die Organgesellschaft im Anschluß an die Entscheidungen des Reichsgerichts im Rumänischen Eisenbahn-Fall²⁾ und im Deutsch-Amerikanischen-Petroleum-Fall³⁾ untersucht. Im ersten Fall hatte die Rumänische Eisenbahn A.G. durch Betriebsüberlassungsvertrag den Betrieb ihres Eisenbahnnetzes und die Verwaltung ihres Vermögens der Fürstl. Rum. Staatsregierung übertragen. Die Leitung der A.G. sollte auf eine Direktion übergehen, deren Mitglieder die Rumänische Regierung nach ihrem Ermessen ernennen konnte und welche die A.G. nach den Weisungen des zuständigen Ministeriums führen sollte. Es war bestimmt, daß Organ der Gesellschaft außer dem Aufsichtsrat und der Generalversammlung die Direktion sein sollte, die zugleich den Vorstand im Sinne des HGB bildete. Vertrag und revidiertes Statut waren von der Generalversammlung gebilligt worden. Die Beschlüsse wurden auf Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt. Die Begründung stützt sich darauf, daß die Direktion von dem Willen der Aktionäre schlechthin unabhängig und deshalb kein Organ der A.G. mehr sei. Die Gesellschaft entbehre der zur "Wesenheit einer Aktiengesellschaft erforderlichen Organisation". Die Generalversammlung könne die Gesellschaft in diese Lage ebensowenig versetzen, wie eine handlungsfähige physische Person durch freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft eines anderen eine Selbstentmündigung herbeiführen könne. Allein durch die ausschließliche Zuständigkeit der verfassungsmäßig berufenen Organe sei gewährleistet, daß über das Gesellschaftsvermögen im Interesse aller Beteiligten verfügt werde.

Die Entscheidung im Petroleum-Fall betrifft den jahrelangen Kampf zwischen nordamerikanischen und deutschen

1) Vgl. insbesondere Friedländer, Konzernrecht S. 39 ff.; Rasch, Konzernrecht S. 98 ff.

2) RGZ 3/123 ff.

3) RGZ 82/308 ff.

Petroleum-Interessen. Es handelte sich um einen Poolvertrag zwischen der Deutsch-Amerikanischen Petroleumgesellschaft (die dem Konzern der Standard Oil Co. angehörte) und der Deutschen Petroleumverkaufsgesellschaft m.b.H. (Petroleumgruppe der Deutschen Bank), der die Standard Oil berechnete, alle Geschäftsführer und Angestellten der deutschen Gesellschaft nach ihrem Belieben einzusetzen, abzurufen und ihnen Weisungen zu erteilen, sowie über das bewegliche Vermögen der Gesellschaft jederzeit nach freiem Ermessen zu verfügen. Das Recht, die Geschäftsführer zu ernennen, war so aufzufassen, daß das zuständige Organ der Gesellschaft die Ernennung bei Meidung hoher Vertragsstrafe zu vollziehen hatte. Das RG erklärte den Vertrag für nichtig, weil die Gesellschaft zum willenlosen Werkzeug erniedrigt worden sei und damit eine gegen § 138 BGB verstoßende Knebelung vorliege, die den herrschenden Sittenanschauungen widerstrebe. Das RG wiederholt, daß sich eine Gesellschaft zwar auflösen, aber nicht selbst entmündigen könne.

In den Entscheidungen selbst und in dem daran anschließenden Schrifttum sind oft mehrere Gesichtspunkte miteinander vermengt worden. Die Frage, ob eine Aktiengesellschaft Organe haben muß und ob ein Dritter diese Organe abberufen oder bestellen kann, ist völlig verschieden von der Frage, ob sich die Aktiengesellschaft als juristische Person dem Willen eines anderen unterwerfen kann¹⁾.

2) Die Notwendigkeit gesetzlicher Organe

Die Organgesellschaft muß wie jede Aktiengesellschaft die gesetzlich bestimmten Organe haben, also Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, und diese Organe müssen auf dem gesetzlichen Weg bestellt werden (§ 75 I AktG; § 87 I AktG). Dies kann nicht einer Instanz außerhalb der

1) Vgl. Friedländer, Konzernrecht S. 40

Gesellschaft übertragen werden¹⁾. Die Organe sind unverzichtbare Voraussetzungen für die Existenz der juristischen Person. Der Vorstand kann nicht durch ein außerhalb der Aktiengesellschaft stehendes Direktorium ersetzt werden²⁾. Der Rumänische Eisenbahn-Fall müßte also heute genauso entschieden werden³⁾. Die Aktiengesellschaft wird nur durch ihre Organe tätig, d. h. durch die Personen, die als einzelne oder in ihrer rechtlich organisatorischen Zusammenfassung kraft Gesetzes oder kraft Satzung für einen bestimmten Aufgabenbereich zuständig sind und deren Tätigkeit der Aktiengesellschaft zugerechnet wird. Auch die Organgesellschaft wird nur durch ihre Organe nach außen tätig, davon unabhängig ist die Tatsache, daß der Wille der Organe fremdbestimmt ist. Ein Organverhältnis könnte also niemals so gestaltet werden, daß die Obergesellschaft selbst ein von ihr bestelltes Gremium an die Stelle eines Organs der Untergesellschaft setzt, um so die einheitliche Leitung zu garantieren. Allerdings ist diese Forderung nach den gesetzlichen Organen rein formaler Natur. Die Zuständigkeitsordnung in der Organgesellschaft ist umgestülpt, und man kann fragen, welche Bedeutung dieser organisationsrechtlichen Mindestforderung noch zukommt. Die Obergesellschaft wird durch die Formalien einer bestimmten Organisation gezwungen, die Untergesellschaft durch Beteiligung zu beherrschen. Die RG-Entscheidungen waren also soweit von Bedeutung, daß lediglich vertragliche oder satzungsmäßige Bindungen nicht mehr ausreichend waren und damit die Macht durch effektenkapitalistische Beteiligung gesichert wurde⁴⁾.

1) Vgl. BGHZ 8/364, der es ausschließt, daß dem Vorstand ein Recht auf Zuwahl eines neuen Mitgliedes oder einem ausgeschiedenen Vorstand ein Recht auf Wiederwahl eingeräumt wird. Vgl. auch BGHZ 15/78, wonach einem Aktionär ein mitgliedschaftliches Recht auf Berufung in den Vorstand nicht verschafft werden kann. Vgl. auch Mestmäcker, Verwaltung S. 120

2) Vgl. RGZ 3/123

3) Insoweit ist die Rechtsprechung nicht überholt, wie Rasch, Konzernrecht S. 99 meint. Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 119

4) Vgl. auch Rasch, Konzernrecht S. 99; Weisbart bei Ring-Schachian, S. 442; Mestmäcker, Verwaltung S. 122

Die Konzernleitung wurde durch die Rechtsprechung gehindert, ohne maßgebliche Beteiligung einen Einfluß auf die Untergesellschaft auszuüben. Die reinen Formalerfordernisse haben also dazu beigetragen, die Kluft zwischen Leitungsmacht und finanzieller Beteiligung zu verringern.

II. Die Zulässigkeit der Willensunterwerfung bei Einhaltung der organisationsrechtlichen Grenzen

Es gilt nun zu prüfen, ob der Ausschluß eines eigenen Willens bei der Organgesellschaft und die Übertragung der Leitungsmacht an den Großaktionär unter Einhaltung der gesetzlichen Mindestorganisation zulässig ist. Auch diese Frage kann wieder unterteilt werden, nämlich ob sich gewisse Grenzen für die Beschränkung der Selbständigkeit der Aktiengesellschaft bereits aus dem Wesen der juristischen Person überhaupt ergeben, oder ob der Gesetzgeber die Aktiengesellschaft zwingend als ein Gebilde normiert hat, das eigener selbständiger Willensbildung und selbständiger unternehmerischer Entscheidung fähig sein muß.

1) Die juristische Person als ethisch wertfreies Gebilde

Schon frühzeitig wurde das RG kritisiert, weil es sehr weitgehend von einer Selbstentmündigung und sittenwidrigen Knebelung der juristischen Person gesprochen hatte. Hamburger¹⁾ weist darauf hin, daß zwar die Organgesellschaft nicht gerade dem Bilde entspreche, das sich der Gesetzgeber von einer Aktiengesellschaft gemacht hat, aber die Grundsätze der Willensfreiheit könne man nur auf natürliche, nicht auf juristische Personen anwenden, denn die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sei eine von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit und beruhe nicht auf immanenten personenrechtlichen Eigenschaften. Die Lösung der ersten Frage führt zurück auf das Wesen der juristischen Person überhaupt. Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den Streit darüber ausführlich darzu-

1) Hamburger, Organgesellschaft S. 288

stellen. Die Literatur ist kaum noch übersehbar¹⁾. Es geht lediglich darum, zu zeigen, daß aus dem Begriff der juristischen Person für den hier vorliegenden Tatbestand keine Folgerungen gezogen werden können. Wenn man mit Hilfe von Begriffen wie "sittenwidriger Knebelung" oder "Selbstentmündigung" die Grenzen organschaftlicher Abhängigkeit finden will, so ist das letztlich von der Vorstellung beeinflußt, daß in der juristischen Person der Wille der natürlichen Person zu einer "realen Gesamtperson" verschmolzen ist²⁾. Die juristische Person ist aber nicht wie die natürliche etwas Absolutes, das um seiner selbst willen schutzbedürftig ist³⁾, sondern ein normatives Zweckgebilde und daher ethisch wertfrei⁴⁾. Neuerdings findet wieder Serick⁵⁾ in dem Rechtssubjekt der juristischen Person einen selbständigen absoluten Wert verkörpert, wenn er schreibt, daß der Gesetzgeber sie in einer bestimmten Form geschaffen hat und damit erreichen will, daß sie als vollwertiges Rechtssubjekt geachtet wird. Aber die juristische Person kann keinen Wert an sich verkörpern und nicht Gegenstand des Rechtsschutzes um ihrer selbst willen sein, denn sie ist nicht ein dem Menschen gleichwertiges Rechtssubjekt⁶⁾ und daher keine autonome unantastbare Persönlichkeit⁷⁾. Die natürliche Person hat eine gleichbleibende und begrenzte Summe von Eigenschaften (Alter, Geschlecht, Gesundheit usw.), die juristische Person aber lediglich soviele Eigenschaften, wie bei ihrer jeweiligen Organisation normiert sind. Bei der natürlichen Person kommt es darauf an, ein gei-

-
- 1) Vgl. die Zusammenstellung bei Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB S. 103; Wolff, Organschaft Bd. I S. 1 bis 87 (das Wort Organschaft hat bei Wolff eine ganz andere Bedeutung, nämlich im Sinne von Vertretung); vgl. auch Kronstein S. 64
 - 2) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 121
 - 3) so auch Schilling JZ 1957/530
 - 4) so Würdinger, Aktienrecht S. 11
 - 5) Serick, Rechtsform S. 24
 - 6) So aber Serick, Rechtsform S. 213 und S. 222, wo er vom selbständigen Eigenleben der juristischen Person spricht.
 - 7) Übereinstimmend Müller-Freienfels, AcP 156/525 ff., der die Grenzen der juristischen Person scharf herausgearbeitet hat.

stig-seelisches Wesen zu wahren, bei der juristischen Person spielen die Sicherstellung einer genügenden Haftungsmasse im Interesse der Gläubiger, der Schutz der Minderheit usw.¹⁾ eine Hauptrolle. Juristische Personen sind deshalb auch keine unveränderlichen Wesen, sondern es gibt zahlreiche Abstufungen zwischen Staat einerseits und Einmann-A.G. andererseits²⁾, die voneinander wesensverschieden sind³⁾. Bei der Einmann-A.G. wird die juristische Person zum personifizierten Sondervermögen. Zwischen dieser äußersten Grenze einer juristischen Person mit ganz beschränktem Zweck und einem Mammutunternehmen mit einer Vielzahl von Aktionären bestehen zahlreiche Zwischenstufen, für die die juristische Person allein den formalrechtlichen Rahmen liefert. Es läßt sich kein durchgängiges Organisationselement bei allen juristischen Personen feststellen⁴⁾. Nicht einmal das Merkmal der Haftungsbeschränkung ist wesentlich für den Begriff der juristischen Person, denn warum soll die Verleihung der Rechtsfähigkeit ausschließen, daß die Teilhaber auch persönlich für ihre Schulden haften. Bei der Einmann-A.G. kann das Funktionieren der Organe nur formell noch als Eigenleben angesprochen werden. Formell ist es die Hauptversammlung oder der Vorstand, in Wahrheit der Alleinaktionär, der alles bestimmt. Damit ist das Problem der Selbständigkeit der juristischen Person im wesentlichen formaler Natur. Das ergibt sich schon daraus, daß eben jede Aktiengesellschaft von ihren Mitgliedern abhängig ist und deshalb die Wirkungsmöglichkeiten der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung beschränkt sind⁵⁾.

Diese kurze Darstellung genügt, um zu zeigen, daß der Begriff der juristischen Person lediglich ein bequemer zusammenfassender Ausdruck für bestimmte Einheiten ist und

1) Müller-Freienfels a. a. O. S. 522

2) Vgl. Friedländer S. 41

3) Man denke auch z. B. an die o.H.G., die einer juristischen Person sehr angenähert ist.

4) Vgl. Kronstein S. 69

5) so Mestmäcker, Verwaltung S. 122; vgl. auch Kronstein S. 59; Wieland, Kapitalgesellschaften S. 383

für eine juristische Beurteilung keinen Ansatzpunkt bietet¹⁾. Aus dem Allgemeinbegriff der juristischen Person lassen sich die Grenzen organschaftlicher Eingliederung nicht finden²⁾. Damit sind auch die Versuche zurückgewiesen, die die Grenzen der Abhängigkeit mit dem Persönlichkeitsrecht der juristischen Person abstecken wollen³⁾. Wenn sich eine natürliche Person auch ihrer Handlungsfreiheit nicht völlig zu begeben vermag, kann sich eine juristische Person grundsätzlich dem Willen eines Dritten unterwerfen, da bei ihr eine ethische Mißbilligung nicht möglich ist⁴⁾.

2) Die Einstellung des Gesetzgebers

Es wurde nun allerdings oben festgestellt, daß die juristische Person so viele Eigenschaften hat, wie bei ihrer Organisation normiert sind. Es ist daher denkbar, daß der Gesetzgeber die Aktiengesellschaft als Einheit normiert hat, die zwingend zu eigener selbständiger Willensbildung fähig sein muß. In diesem Fall wäre der organschaftlichen Eingliederung eine feste Grenze gesetzt.

Man kann zwar leicht nachweisen, daß das Leitbild des Gesetzgebers von 1937 die wirtschaftlich selbständige Aktiengesellschaft war⁵⁾, aber das Gesamtbild der Normen des Aktienrechts ergibt doch nicht, daß dies zum tragenden Gesichtspunkt des AktG erhoben werden sollte. Mit Ballerstedt⁶⁾ wird man daher feststellen können, daß das AktG zu der oben aufgeworfenen Frage von bemerkenswerter Unsicherheit ist und daß es darüber keine grundsätzliche Entscheidung treffen wollte. Dies ergibt sich auch aus den Erläuterungen zum amtlichen Entwurf von 1930, wo⁷⁾ das Reichsjustizministerium ausführt, daß man davon ab-

1) Vgl. Wolff, Organschaft Bd. I S. 207 ff. und Bd. II S. 281 ff.; Müller-Freienfels a. a. O. S. 529

2) Müller-Freienfels, AcP 156/530

3) Maurer, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person, insbesondere S. 124

4) Würdinger, Aktienrecht S. 11

5) Vgl. Fischer, AcP 154/115

6) Ballerstedt DB 1957/840

7) Erläuterungen zum amtlichen Entwurf 1930 S. 126

gesehen habe, das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft von Grund auf zu klären und gesetzlich zu regeln, da die Entwicklung noch nicht abgeschlossen und weder die wirtschaftliche noch die rechtliche Problematik genügend klargestellt sei.

Es gibt einige Vorschriften wirtschaftsrechtlicher Art, die gegen die Begründung und den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gerichtet sind, z. B. § 15 KartG, der Verträge für nichtig erklärt, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Beschäftsbedingungen beschränken. In diesen Zusammenhang gehört auch Art. 66 MontanG, in dem für den Zusammenschluß bestimmter Unternehmen die Genehmigungspflicht gefordert wird. In Art. 86 EWG wird auch der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten, der auch im Abschluß bestimmter Verträge bestehen kann. Aber auch aus diesen Vorschriften kann nicht gefolgert werden, daß die organschaftliche Eingliederung unzulässig ist, denn diese Normen sind nicht an Gesichtspunkten spezifisch unternehmensrechtlicher Art orientiert, es geht nicht um den Aufbau eines Unternehmens, den Schutz der Gläubiger oder der Minderheit, sondern um Probleme der Marktordnung und des Wettbewerbs. Diese Ziele sind dem Problem der Organschaft gegenüber indifferent¹⁾.

Dagegen hat der Gesetzgeber selbst einen Beweis dafür geliefert, daß er eine willenslose juristische Person grundsätzlich, also auch für den Fall der Aktiengesellschaft, anerkennt. Das MitbestErgG vom 7. 8. 1956 bestimmt in § 1 II: "Organschaftsverhältnis im Sinne des Abs. 1 ist ein auf Vereinbarung beruhendes Beherrschungsverhältnis, auf Grund dessen das abhängige Unternehmen in seiner Geschäftsführung dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist". Danach kommt es allein darauf an, daß das Unternehmen auf Grund einer Vereinbarung keinen eigenen Willen mehr hat. Das MitbestErgG will verhindern, daß

1) So wörtlich Ballerstedt, DB 1957/840

Organträgers geschmälert wird. Damit richtet sich die Untersuchung darauf, wie das Organverhältnis mit den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung zu vereinbaren ist und wie die Minderheitsaktionäre geschützt werden können¹⁾.

¹⁾ Das weitere Problem, das sich an die Übertragung der Leitungsmacht anschließt, nämlich die Regelung der Haftung, bleibt hier außer Betracht; vgl. RegE S. 227

F. Die Organschaft in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung

I. Allgemeines über die Vermögensbindung

Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen, und das Aktienrecht muß als Äquivalent für diese beschränkte Haftung dafür Sorge tragen, daß das Vermögen der Gesellschaft vollwertig aufgebracht wird und erhalten bleibt. Diese gesetzliche Sicherung durchzieht das Aktienrecht in zahlreichen Einzelbestimmungen¹⁾, hat sich aber insbesondere in den §§ 52 und 54 AktG niedergeschlagen. Daraus ergibt sich, daß die gesetzliche Vermögensbindung das Gesellschaftsvermögen im ganzen umfaßt, also auch den Teil, um den das Vermögen den Betrag des Grundkapitals übersteigt²⁾, z. B. freie Rücklagen oder stille Reserven, soweit er nicht im Jahresabschluß als Gewinn ausgeschüttet wird³⁾. Das Grundkapital ist als Passivposten in die Bilanz aufzunehmen (§ 131 I A, BI AktG), und damit wird erreicht, daß ein verfügbarer Reingewinn erst vorhanden ist, wenn der Wert des Gesellschaftsvermögens das Grundkapital übersteigt. Die Aktionäre haben nach § 52 AktG nur Anspruch auf den sich aus der Jahresbilanz ergebenden Reingewinn⁴⁾, jede andere Zahlung ist eine unzulässige Auszahlung von Vermögenssubstanz oder Einlagenrückgewähr⁵⁾. Verboten ist also nicht nur die Rückgewähr der Einlage, d. h. des auf den Nennwert oder den etwa höheren Ausgabekurs der Aktien an die Gesellschaft Geleisteten, sondern auch die Überlassung jedes anderen Vermögensgegenstandes über den Wert

1) Vgl. die bei Würdinger, Aktienrecht S. 7/8 genannten Vorschriften.

2) Als einziger anderer Ansicht Wieland, Kapitalgesellschaften S. 25 Note 32, der nur den Betrag des Grundkapitals gesichert wissen will.

3) Würdinger, a. a. O. S. 25

4) Ausgenommen Bauzinsen § 54 II AktG und Vergütung für Nebenleistungen

5) Würdinger, a. a. O. S. 25; Ballerstedt, Kapital S. 122; vgl. auch RGZ 107/168

Organträgers geschmälert wird. Damit richtet sich die Untersuchung darauf, wie das Organverhältnis mit den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung zu vereinbaren ist und wie die Minderheitsaktionäre geschützt werden können¹⁾.

1) Das weitere Problem, das sich an die Übertragung der Leitungsmacht anschließt, nämlich die Regelung der Haftung, bleibt hier außer Betracht; vgl. RegE S. 227

F. Die Organschaft in ihrem Verhältnis zu den Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung

I. Allgemeines über die Vermögensbindung

Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen, und das Aktienrecht muß als Äquivalent für diese beschränkte Haftung dafür Sorge tragen, daß das Vermögen der Gesellschaft vollwertig aufgebracht wird und erhalten bleibt. Diese gesetzliche Sicherung durchzieht das Aktienrecht in zahlreichen Einzelbestimmungen¹⁾, hat sich aber insbesondere in den §§ 52 und 54 AktG niedergeschlagen. Daraus ergibt sich, daß die gesetzliche Vermögensbindung das Gesellschaftsvermögen im ganzen umfaßt, also auch den Teil, um den das Vermögen den Betrag des Grundkapitals übersteigt²⁾, z. B. freie Rücklagen oder stille Reserven, soweit er nicht im Jahresabschluß als Gewinn ausgeschüttet wird³⁾. Das Grundkapital ist als Passivposten in die Bilanz aufzunehmen (§ 131 I A, BI AktG), und damit wird erreicht, daß ein verfügbarer Reingewinn erst vorhanden ist, wenn der Wert des Gesellschaftsvermögens das Grundkapital übersteigt. Die Aktionäre haben nach § 52 AktG nur Anspruch auf den sich aus der Jahresbilanz ergebenden Reingewinn⁴⁾, jede andere Zahlung ist eine unzulässige Auszahlung von Vermögenssubstanz oder Einlagenrückgewähr⁵⁾. Verboten ist also nicht nur die Rückgewähr der Einlage, d. h. des auf den Nennwert oder den etwa höheren Ausgabekurs der Aktien an die Gesellschaft Geleisteten, sondern auch die Überlassung jedes anderen Vermögensgegenstandes über den Wert

1) Vgl. die bei Würdinger, Aktienrecht S. 7/8 genannten Vorschriften.

2) Als einziger anderer Ansicht Wieland, Kapitalgesellschaften S. 25 Note 32, der nur den Betrag des Grundkapitals gesichert wissen will.

3) Würdinger, a. a. O. S. 25

4) Ausgenommen Bauzinsen § 54 II AktG und Vergütung für Nebenleistungen

5) Würdinger, a. a. O. S. 25; Ballerstedt, Kapital S. 122; vgl. auch RGZ 107/168

des in der Bilanz als Reingewinn bezifferten Betrages¹⁾. Auf die Art und Form der unzulässigen Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen kommt es nicht an, das Verbot umfaßt jede Art von verdeckter und verschleierter Vermögensverteilung²⁾.

Wenn die Grundsätze der Vermögensbindung auch in erster Linie den Interessen der Gesellschaftsgläubiger dienen, so schließt das nicht aus, daß sie daneben auch andere Zwecke verfolgen³⁾.

II. Einführung in das Problem

Es ist zu prüfen, wie sich die Tatsache der Organschaft mit diesen Grundsätzen der aktienrechtlichen Vermögensbindung verträgt. Diese Frage wird erst in der neueren Literatur untersucht und dort sehr unterschiedlich beantwortet. Die in der Praxis überwiegende Meinung nimmt an, daß durch die Organschaft mit Gewinnabführung der Normbereich der Ausschüttungsbeschränkungen überhaupt nicht berührt wird, weil die vertragliche Gewinnabführungspflicht die Entstehung von Gewinn im bilanzrechtlichen Sinn ausschließe. Man meint, daß bei der Organgesellschaft kein Gewinn entstehe, und bilanziert in der Regel so, daß in der Bilanz und in der Gewinn- und Verlustrechnung der Organgesellschaft kein Gewinn erscheint; er wird in einer Vorbilanz festgestellt und durch Buchung eines genau entsprechenden Passivpostens (Schuld an die Obergesellschaft) ausgeglichen⁴⁾. Auch Flume folgt im Ergebnis dieser Meinung, wenn er aus der Eingliederung des Unternehmens der Organgesellschaft in die Obergesellschaft folgert⁵⁾: "Da die Organgesellschaft durch die Aufgabe ihres Eigenlebens

1) Schlegelberger-Quassowski, § 52 Anm. 3; Ballerstedt, Kapital S. 122

2) RGZ 146/93; RGZ 149/400; Ballerstedt, a. a. O. S. 122; Würdinger, Aktienrecht S. 26

3) Ballerstedt, a. a. O. S. 132; Würdinger, a. a. O. S. 27; RGZ 54/132; vgl. auch u. S. 69

4) Rasch, Konzernrecht S. 150; Adler-Düring-Schmalz Tz. 109, 110 zu § 132; Fachgutachten Nr. 2/40 des Instituts der Wirtschaftsprüfer WTr. 1941/39

5) Flume, DB 1956/455 ff.

keinen Gewinn mehr erzielt, sind auch die aktienrechtlichen Vorschriften über die Gewinnverwendung bei der Organgesellschaft auf das Ergebnis der unter ihr betriebenen Geschäftstätigkeit nicht anzuwenden." Diese Meinung verkennt, daß sich aus der rechtlichen Selbständigkeit der Organgesellschaft ergibt, daß auch der Gewinn zunächst bei der Untergesellschaft entsteht, denn die Organgesellschaft ist Inhaberin der Rechte und Verbindlichkeiten, und auch der Saldo daraus (Gewinn- und Verlustrechnung) kann zunächst nur der Organgesellschaft zustehen. Mit der Argumentation der Praxis könnte man nahezu jede verdeckte Gewinnausschüttung rechtfertigen, wenn man einen Vertrag über verbilligte Sach- oder Dienstleistungen an einen Aktionär als Auftrag behandelt, der die Gesellschaft verpflichtet, im Fremdinteresse des Aktionärs tätig zu werden und ihm das aus der Geschäftsführung Erlangte gegen bloßen Ersatz der Aufwendungen herauszugeben¹⁾.

Man hat die Zulässigkeit des Gewinnabführungsvertrages auch damit zu begründen versucht, daß man auf § 256 AktG hinweist. § 256 II sei *lex specialis* zu den Vorschriften der §§ 52, 54 AktG²⁾ und erwähne ausdrücklich den Vertrag, "in dem die Aktiengesellschaft ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt" (d. h. sie verpflichte sich, den ganzen entstehenden Gewinn an einen anderen abzuführen). § 256 AktG entspreche dem § 65 AktG, der auch eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 52 AktG mache³⁾. Aus § 256 AktG kann nicht geschlossen werden, daß der Organschaftsvertrag ausschüttungsrechtlich zulässig ist. In § 256 AktG wird ein weiterer Kreis von Geschäften genannt, für die die Vertretungsmacht des Vorstandes durch den erforderlichen Beschluß der Hauptversammlung begrenzt wird. Über weitere Erfordernisse wird nichts gesagt. § 256 AktG unterscheidet auch nicht wie die §§ 52, 54 AktG zwischen Verträgen der Aktiengesellschaft mit Dritten und solchen mit Aktionären. Daraus ergibt sich,

1) Ballerstedt, DB 1956/837

2) Vgl. auch Rasch, Gutachten S. 13

3) So Hueck, DB 1959/225

daß die zwingenden Vorschriften der §§ 52, 54 AktG unberührt bleiben, da nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz einen so zentralen Grundsatz stillschweigend preisgibt¹⁾.

Eine Reihe von Verfassern sieht denn auch im Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußvereinbarung einen Verstoß gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung²⁾, geht dann aber unterschiedliche Wege zur Begründung. Duden³⁾ sieht die Gewinnabführungspflicht als unzulässig an und meint, daß die Organschaft nur so durchgeführt werden kann, daß die Hauptversammlung der Organgesellschaft Jahr für Jahr beschließt (§ 126 III, 2 AktG), den Gewinn nicht zu verteilen, sondern an die Obergesellschaft abzuführen. Dies setzt seiner Meinung nach voraus, daß die Obergesellschaft alle Aktien hält. Ballerstedt⁴⁾ unterteilt zwischen den Gewinnen, die infolge der organschaftlichen Verbundenheit mit der Obergesellschaft erst erzielbar geworden sind (Verbesserung der Ertragslage durch den technisch-betriebswirtschaftlichen Zusammenhang), und dem übrigen Gewinn. Für den ersteren Teil des Gewinns sei gegen eine Abführung nichts einzuwenden, da es sich insoweit um ein Ergebnis eigener Unternehmertätigkeit der Obergesellschaft handle. Im übrigen vergleicht er das Organverhältnis mit einer Betriebspacht und meint, der Verzicht der "Verpächterin" auf denjenigen Teil des wirtschaftlich angemessenen Pachtzinses, der der Beteiligungsquote des "Pächters" entspreche, sei eine Zuwendung, die ihre wirtschaftliche causa in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur "Verpächterin" habe. In Höhe dieses Betrages liege eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Wenn aber der abzuführende Betrag in der Bilanz der Organgesellschaft als Reingewinn ausgewiesen werde, dann sei die Abführung

1) Übereinstimmend Duden, BB 1957/49; Ballerstedt, DB 1956/837; Würdinger, DB 1958/1448; Mestmäcker, Verwaltung S. 327

2) So ohne nähere Unterscheidung Würdinger, Aktienrecht S. 210; Fischer in Großkomm. § 52 Anm. 18 und § 54 Anm. 7

3) Duden, BB 1957/50

4) Ballerstedt, DB 1956/837 und DB 1957/838

zulässig¹⁾, da die Gewinnabführung dann unter dem Vorbehalt stehe, daß ein entsprechender Reingewinn in der Bilanz ausgewiesen wird²⁾. Es sei dann ähnlich, wie mit einem Dividendenvorschuß.“

Es fällt auf, daß ein möglicher Verstoß gegen die Grundsätze der §§ 52, 54 AktG hauptsächlich nur in Bezug auf die Gewinnabführung geprüft wird. Durch die Organschaft wird aber nicht nur das Ergebnis auf die Obergesellschaft übergeleitet, sondern es wird überhaupt eine fusionsgleiche Vermögenseinheit hergestellt und dadurch die Vermögenssubstanz der Organgesellschaft insgesamt in Mitleidenschaft gezogen. Wenn man das Verhältnis der Organschaft zu den Grundsätzen der Vermögensbindung prüfen will, so erscheint es zweckmäßig, auf die Zwecke zurückzugehen, die der Gesetzgeber mit dieser Regelung verfolgt³⁾.

III. Die Organschaft im Verhältnis zu den Zwecken der Vermögensbindung

Ob die organschaftliche Unternehmensverbindung gegen die Grundsätze der aktienrechtlichen Vermögensbindung verstößt, wird an Hand der Zwecke überprüft, die der Gesetzgeber mit den Vorschriften der §§ 52, 54 AktG verfolgt. Ballerstedt hat die Stellung der §§ 52, 54 AktG im System des Aktienrechts eingehend untersucht und kommt zu dem Ergebnis, daß sie einen vierfachen Zweck verfolgen:⁴⁾

- a) Erhaltung des Grundkapitals zum Schutz der Gläubiger
- b) Sicherung der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung
- c) Sicherstellung der Gewinnverteilungsvorschriften (§ 53 AktG) und Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre
- d) Ausweis des durch keinerlei Vorwegausschüttungen ge-

1) Ballerstedt, DB 1956/838 und DB 1957/838

2) Studienkommission des Deutschen Juristentages 1955 auf S. 52-57 ähnlich.

3) So Hueck, DB 1959/225

4) Ballerstedt, Kapital S. 132 ff.

schmäleren Jahresergebnisses in der Bilanz.

Die Meinung Ballerstedts hat in der Literatur weitgehend Anerkennung gefunden¹⁾ und soll deshalb für das Folgende als Grundlage dienen.

1) Die Erhaltung des Grundkapitals

Wie bereits ausgeführt, dienen die §§ 52, 54 AktG primär der Erhaltung des Grundkapitals²⁾ und damit den Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Das heißt zunächst, daß der wertmäßige Bestand des Gesellschaftsvermögens³⁾, die Vermögenssubstanz, gebunden sein soll. Die Vermögenssubstanz und ihre Bindung ist die Grundlage der rechtlichen Selbständigkeit der Organgesellschaft. Wenn diese im Rechtsverkehr selbständig auftreten soll, dann muß sie eine rechtlich gesicherte Vermögensgrundlage haben als Abgrenzungsmöglichkeit zwischen juristischer Person und ihren Mitgliedern. Sonst kann man die beschränkte Haftung der Aktionäre nicht rechtfertigen.

Gerade diese Vermögensgrundlage wird aber durch die Organshaft in Mitleidenschaft gezogen. Wenn Hueck⁴⁾ dies verneint, so sieht er lediglich die im Organvertrag festgelegte Gewinnabführungspflicht. Es geht hier aber zunächst einmal um den wertmäßigen Bestand der Vermögenssubstanz der Organgesellschaft und nicht um den damit erwirtschafteten Gewinn. Dieser soll hier vorläufig außer Betracht bleiben. Die Obergesellschaft nutzt das Vermögen der Organgesellschaft, deren Unternehmen ja in das der Muttergesellschaft nach Art einer Betriebsabteilung eingegliedert ist. Die Anlagen (Gebäude, Maschinen usw.) dienen unmittelbar dem Betrieb des Organträgers, Patente und Geschäftsgeheimnisse werden von der Obergesellschaft ausgenutzt, die gesamte Geschäftsorganisation der Organgesellschaft kommt ihr zugute. Wie bereits herausgestellt, ist

- 1) Vgl. Fischer Großkomm. § 52 Anm. 3; Hueck, DB 1959/225; Würdinger, Aktienrecht S. 27
- 2) Vgl. auch Hueck, Gesellschaftsrecht S. 113
- 3) Es werden nicht konkrete Gegenstände gebunden.
- 4) Hueck, DB 1959/225

schwerlich ein umfassenderes Recht der Nutzung vorstellbar¹⁾. Der Organgesellschaft bleibt lediglich die formale Stellung als Eigentümerin und Rechtsinhaberin, die eigentliche Essenz des Vermögens, das Gebrauchs- und Nutzungsrecht, geht auf die Obergesellschaft über. Unser Recht kennt keine Regelung für die umfassenden Befugnisse, die die Obergesellschaft erhält, aber immerhin lassen sich Parallelen zu verwandten Rechtsinstituten ziehen. Pacht und Nießbrauch bieten sich an²⁾. Beim Pachtvertrag wird der Pächter verpflichtet, den Pachtgegenstand in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten und nach Ablauf des Vertrages zurückzugeben (§§ 581, 556 BGB). Bei der Konzerneingliederung durch einen Pachtvertrag wird der verpachtenden Gesellschaft damit zumindest der Bestand des Vermögens der Substanz nach gesichert.

Für die Befugnisse der herrschenden Gesellschaft beim Organverhältnis läßt sich auch der Nießbrauch als Vergleich heranziehen. Zwar kann nach geltendem Recht ein Nießbrauch an einem Vermögen nur an den einzelnen Gegenständen³⁾ bestellt werden, aber die Regelung des Nießbrauchs in den §§ 1030 ff. BGB läßt erkennen, daß der Gesetzgeber eingehend dafür sorgt, daß die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände in ihrem Bestand erhalten bleiben⁴⁾. Bei den Organverträgen fehlt in aller Regel die Pflicht der Obergesellschaft, das genutzte Vermögen der Organgesellschaft in seinem Bestand zu erhalten. Die Stellung der Muttergesellschaft ist aber viel weitgehender als die eines Pächters oder Nießbrauchers, und es ist daher noch viel wichtiger, das Vermögen der Organgesellschaft der Substanz nach zu erhalten. Der BFH vergleicht die Befugnisse der Obergesellschaft mit der Stellung eines Treuhänders. Sie übernehme das Vermögen der Tochtergesellschaft in dem Zustand, in dem es sich zur Zeit des Vertragsabschlusses

1) Vgl. die Ausführungen o. S. 9 ff.; Mestmäcker, Verwaltung S. 327

2) So Mestmäcker, Verwaltung S. 328

3) Vgl. § 1085 BGB

4) Vgl. §§ 1040, 1034, 1035 BGB; auch v. Godin, Nutzungsrecht am Unternehmen S. 45; Mestmäcker, Verwaltung S. 329

befinde, und sei verpflichtet, es bei Ablauf des Vertrages in diesem Zustand zurückzugeben. Gerade durch die Organshaft wird der wertmäßige Bestand des Vermögens der Organgesellschaft am meisten gefährdet. Wenn daher in einem Organvertrag die Pflicht zur Substanzerhaltung fehlt, so verstößt das gegen den Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals, der in §§ 52, 54 AktG festgelegt ist. Man kann zwar nicht sagen, daß es sich beim Abschluß eines Organvertrages ohne entsprechende Bestandserhaltungspflicht um eine verbotene Rückgewähr von Einlagen handelt. Aber aus §§ 52, 54 AktG ergibt sich der Grundsatz der Sonderung von Aktionärs- und Gesellschaftsvermögen. Durch die Pflicht zur Substanzerhaltung ist es möglich, diese Vermögenstrennung durchzuführen, sonst würde sich das Recht des Eigentümers nicht mehr von der Berechtigung des Nutzungsberechtigten unterscheiden, es würde eine Vermögensmischung der beiden Gesellschaften eintreten, die nach §§ 52, 54 AktG nicht zulässig ist. Ein selbständiges Vermögen ist die Grundlage der rechtlichen Selbständigkeit der Organgesellschaft, und damit ist es auch das Recht auf Erhaltung ihres Vermögens der Substanz nach. Dieses Recht ist daher unverzichtbar und unentziehbar. Verträge, die eine entsprechende Pflicht der Obergesellschaft nicht festlegen, verstoßen gegen ein gesetzliches Verbot (§§ 52, 54 AktG) und sind daher nach § 134 BGB nichtig¹⁾:

Es soll nun untersucht werden, ob die in den Organverträgen vereinbarte Gewinnabführungspflicht mit dem primären Zweck der Vermögensbindung, der Erhaltung des Grundkapitals, vereinbar ist. Der oben dargestellte Meinungsstreit bezieht sich ja zum größten Teil auf diese Frage. Durch die Regelung der §§ 52, 54 AktG soll das Gesellschaftsvermögen gebunden werden, und man ist sich darüber einig, daß im Gegensatz zur G.m.b.H., wo nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft vor

1) Vgl. zum ganzen Mestmäcker, Verwaltung S. 329/30. Zur Nichtigkeit bei Verstoß gegen die §§ 52, 54 AktG vgl. Fischer in Großkomm. § 52 Anm. 10/11; v. Godin-Wilhelmi § 52 Anm. 4, § 56 Anm. 12; Großkomm. Gadow § 52 Anm. 10/11

Auszahlungen geschützt ist (§ 30 GmbHG), die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft das gesamte Vermögen ergreift, auch soweit es den Betrag des Grundkapitals übersteigt¹⁾. Ausgenommen davon ist lediglich die Ausschüttung von Reingewinn in gesetzlich und satzungsgemäß zulässiger Form. Abgeführt wird aber im Rahmen des Organisationsverhältnisses auch nur der wirkliche Reingewinn²⁾. Ob das in der zulässigen Form geschieht, soll hier zunächst dahingestellt bleiben. Hier geht es nur um den Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals und die damit gekoppelten Interessen der Gläubiger und künftigen Aktionäre. Hueck³⁾ weist mit Recht darauf hin, daß der Reingewinn, falls er nicht an die Obergesellschaft übertragen wird, normalerweise an die Aktionäre verteilt würde und auch so der Aktiengesellschaft verlorenginge. Es ist für die Interessen der Gläubiger und künftigen Aktionäre also völlig gleichgültig, ob der Gewinn auf Grund des Organschaftsvertrages der Muttergesellschaft zufällt oder sonstwie verteilt wird. Duden⁴⁾ würde gegen die organschaftliche Gewinnabführung dann nichts einzuwenden haben, wenn die Hauptversammlung jedes Jahr beschließt, den Gewinn an die Obergesellschaft abzuführen. Auch Ballerstedt⁵⁾ nimmt an, daß die Gewinnabführung zulässig ist, wenn der abzuführende Betrag als Reingewinn in der Bilanz ausgewiesen wird. Der Gewinn wird aber auch abgeführt, wenn die Hauptversammlung jährlich beschließt, ihn auf die Obergesellschaft überzuleiten, oder wenn er zuerst in der Jahresbilanz der Organgesellschaft erscheint. Beide Verfasser zeigen damit, daß sie in der Gewinnabführung als solcher keinen Verstoß gegen die Erhaltung des Grundkapitals sehen, sondern gegen die Art und die Form, in der dies geschieht, Bedenken haben. Auch wenn dritte Personen an dem Gewinn der Gesell-

1) Fischer in Großkomm. § 52 Anm. 3; Würdinger, Aktienrecht S. 26

2) Die Streitfrage des Steuerrechts, was der Obergesellschaft anzurechnen (steuerlich) ist, spielt hier keine Rolle. Vgl. Schultze-Schlutius, Organtheorie S. 107 ff.

3) Hueck, DB 1959/225

4) Duden, BB 1957/50

5) Ballerstedt, DB 1956/838 und DB 1957/838

schaft beteiligt sind, z. B. in Form des partiarischen Darlehens, der stillen Gesellschaft, der Tantiemenbeteiligung, der Patentgebrauchsüberlassung gegen Gewinnbeteiligung usw., geht der Gewinn der Gesellschaft verloren, und niemand erblickt darin einen Verstoß gegen die Erhaltung des Grundkapitals¹⁾. Der Gewinn ist eben gerade der Teil des Gesellschaftsvermögens, der in einem bestimmten Verfahren ausgeschüttet werden darf. Es ist eine andere Frage, ob bei der Organschaftsabrechnung dieses Verfahren eingehalten ist²⁾.

Möglicherweise wird bei einem Organverhältnis der Gewinn zu hoch berechnet und auf diese Weise das Grundkapital geschmälert. Hier handelt es sich aber um einen ausgesprochenen Mißbrauch, aus dem man keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Gewinnabführung an sich herleiten kann. Vorstand und Aufsichtsrat sind dafür verantwortlich, daß kein zu hoher Gewinn abgeführt wird, auch die Abschlußprüfer dürfen den Bestätigungsvermerk nicht erteilen, wenn der Gewinn zu hoch berechnet sein sollte. Aus Mißbrauch im Einzelfall kann man noch nicht auf die generelle Unzulässigkeit der Gewinnabführung schließen³⁾.

Mestmäcker meint⁴⁾, daß die Gewinnabführung eine nach §§ 52, 54 AktG unzulässige, verdeckte Gewinnausschüttung darstelle, wenn die Obergesellschaft kein "angemessenes Entgelt" zahle⁵⁾. Es ist sehr zweifelhaft, ob er seine Meinung hinreichend begründet hat. Er zeigt, daß eine Dividendengarantie kein angemessenes Entgelt sei, weil sie gerade darauf beruhe, daß die Obergesellschaft ihre Quote am Vermögen der Untergesellschaft unentgeltlich nützen will. Er weist auch nach⁶⁾, daß die Verpflichtung zur eventuellen Verlustübernahme keine Gegenleistung sei, denn wer sein Unternehmen einem Dritten zum Betriebe auf

1) Vgl. Fischer in Großkomm. § 52 Anm. 18

2) s. u. S. 77

3) So Hueck, DB 1959/225

4) Mestmäcker, Verwaltung S. 332

5) Das klingt auch bei Duden, BB 1957/50 an

6) Mestmäcker, Verwaltung S. 332

eigene Rechnung überlasse, werde es nicht als Entgelt betrachten, wenn der Unternehmer die aus der Geschäftsführung entstehenden Verluste trage. Das richtige Entgelt besteht seiner Ansicht nach¹⁾ in einer angemessenen Verzinsung des Reinvermögenswertes der beherrschten Untergesellschaft. Es muß aber doch zunächst einmal nachgewiesen werden, ob sich aus den §§ 52, 54 AktG, hier also aus dem Zweck der Erhaltung des Grundkapitals, eine Pflicht der Obergesellschaft ergibt, den Reinvermögenswert der Organgesellschaft zu verzinsen. Gläubiger und künftige Aktionäre haben lediglich ein rechtlich geschütztes Interesse daran, daß die Vermögenssubstanz der Gesellschaft erhalten bleibt, und dies wird hinreichend durch die geforderte Pflicht zur Substanzerhaltung und zur Verlustübernahme²⁾ gewährleistet. Warum soll man rechtlich auch noch die Erwartung auf eine angemessene Verzinsung dieses Vermögens schützen, was doch nichts anderes bedeutet als sicherstellen, daß die Gesellschaft stets einen positiven Ertrag hat? Weder das Aktienrecht noch das Recht der anderen Kapitalgesellschaften kennt ein unverzichtbares Eigenrecht auf eine angemessene Verzinsung des Reinvermögenswertes der Gesellschaft³⁾. Die Gläubiger einer selbständigen Gesellschaft können auch nicht damit rechnen, daß die Gesellschaft mit Gewinn abschließt, ja sie könnten nicht verhindern, daß die Gesellschaft beschließt, so zu wirtschaften, daß kein Gewinn entsteht. Es ist nicht einzusehen, warum die konzerneingegliederte Organgesellschaft besser gestellt werden soll. Damit wird nicht geleugnet, daß die Obergesellschaft den größten Teil des Gewinns als Kapitalertrag ihrer Einlage in der Untergesellschaft entgegennimmt⁴⁾. Für die Verteilung dieses Ertrages hat das AktG ein bestimmtes Verfahren vorgesehen (z. B. § 126 AktG), und es soll anschließend geprüft werden, welche Folgen es hat, wenn dieses Verfahren nicht eingehalten wird. Jedenfalls ist aber doch nichts dagegen einzuwenden,

1) Mestmäcker a. a. O. S. 334

2) Vgl. u. S. 76

3) So Flume, DB 1956/456

4) Vgl. Ballerstedt, Kapital S. 163

daß der Großaktionär den Kapitalertrag erhält, ohne ein angemessenes Entgelt dafür zu bezahlen. Wenn die Obergesellschaft bei diesem Verfahren Gewinn an sich zieht, der an sich den Minderheitsaktionären zusteht, und diese auf eine Dividendengarantie verweist, so handelt es sich um einen möglichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre¹⁾ und um Probleme des Minderheitenschutzes²⁾. Die Interessen der Gläubiger und künftigen Aktionäre aber fordern nicht, daß die Muttergesellschaft ein angemessenes Entgelt für die Gewinnabführung zahlt. Wenn man nur einmal den nicht seltenen Fall betrachtet, daß die Obergesellschaft an der Untergesellschaft zu 100 % beteiligt ist, dann ist es unverständlich, warum der Organträger in diesem Fall dafür, daß er den Gewinn des ihm völlig gehörenden Unternehmens (das nur rechtlich verselbständigt ist) einzieht, ein Entgelt zahlen soll, um damit einen guten Teil des Gewinns als "angemessene Verzinsung des Reinvermögenswertes" an die Organgesellschaft und letztlich in seine eigene Tasche wieder zurückzuführen. Man muß den Großaktionär doch nicht gegen sich selbst schützen. Die Gläubiger vertrauen beim Geschäftsverkehr mit der Organgesellschaft darauf, daß sie ein bestimmtes Vermögen hat. Das Vertrauen auf den Bestand dieses Vermögens muß geschützt werden, aus dem Sinn und Zweck der §§ 52, 54 AktG läßt sich aber nicht begründen, daß auch ein Ertrag dieses Vermögens gewährleistet werden muß bzw. daß ein gewisser Ertrag der Organgesellschaft verbleiben muß.

Wenn sich auch die Zahlung eines angemessenen Entgelts nicht aus den Grundsätzen über die Vermögensbindung ergibt, so ist doch die Pflicht zur Verlustübernahme unbedingte Notwendigkeit für die Erhaltung des Grundkapitals und ergibt sich unmittelbar aus den §§ 52, 54 AktG. Dies ist nicht ganz unbestritten. Ballerstedt³⁾ meint, ein

1) s. u. S. 79

2) s. u. G

3) Ballerstedt, DB 1956/837

Organschaftsvertrag sei zivilrechtlich auch wirksam, wenn Gewinn und Verlust nicht übernommen würden. Das Unternehmen der Organgesellschaft ist aber unselbständige Betriebsabteilung der Obergesellschaft, die Untergesellschaft übt keine selbständige Unternehmertätigkeit mehr aus, sämtliche Entscheidungen liegen in der Hand der Muttergesellschaft bzw. deren Organe, die Organgesellschaft kann keinen maßgeblichen Einfluß auf ihr Ergebnis mehr ausüben. Da sie selbständig bilanziert, kann sie daher mit Verlust abschließen. Verlust aber mindert die Vermögenssubstanz der Organgesellschaft, und wenn die Obergesellschaft den Verlust nicht übernehmen müßte, so könnte sie auf diesem Weg den Grundsatz der Kapitalerhaltung umgehen¹⁾ und so das Vermögen der Organgesellschaft absaugen, denn gerade bei der Tätigkeit für Rechnung der Obergesellschaft ist ja der Verlust entstanden. Damit würde die Basis für die rechtliche Selbständigkeit einer Aktiengesellschaft ausgehöhlt, und gerade dem wollen die §§ 52, 54 AktG entgegenwirken²⁾.

2) Die Sicherung der Kompetenzverteilung

Nach dem Aktiengesetz liegt die Entscheidung über die Gewinnverteilung ausschließlich bei der Hauptversammlung in dem hierfür vorgesehenen Verfahren (§ 126 AktG). Diese Regelung ist zwingend³⁾ und würde durchbrochen, wenn neben der legitimen Gewinnverteilung durch die Hauptversammlung noch eine andere durch den Vorstand zugelassen wäre. Es ist dabei nicht wesentlich, daß praktisch heute in vielen Fällen die Hauptversammlung von der Gnade der Verwaltungsorgane lebt, da es bei diesen liegt, wieviel sie zur Verteilung übriglassen. Wenn aber überhaupt Gewinn ausge-

1) So auch Mestmäcker, Verwaltung S. 335

2) Früher fehlte oft die Vereinbarung über die Verlustübernahme. Vgl. Haussmann, Praxis S. 124/25. Für eine zwingende Verlustübernahme auch schon nach geltendem Recht vgl. auch Aktienrechtskommission Privates Bankgewerbe, Denkschrift S. 52. Die Steuerrechtsprechung fordert schon immer zwingend die Übernahme des Verlustes, vgl. RPh Slg. 22/183 und seither ständig.

3) Vgl. Baumbach, Bem. 1 A zu § 126 AktG; Schlegelberger § 126 Anm. 2; Großkomm. Gadow Anm. 1 zu § 126

schüttet wird, dann soll dies nach §§ 52, 54 AktG in Verbindung mit § 126 AktG geschehen. Daraus wird mit Recht gefolgert, daß die Vorschriften über die Vermögensbindung auch der Sicherung der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung bei der Gewinnausschüttung dienen¹⁾.

Beim Organschaftsverhältnis wird nun der Gewinn an die Obergesellschaft abgeführt, ohne daß die Hauptversammlung alljährlich darüber beschließt. Dennoch ist in dieser Hinsicht nichts gegen den Organschaftsvertrag einzuwenden. Der Vertrag wird nicht vom Vorstand allein abgeschlossen, sondern es bedarf dazu der Zustimmung der Hauptversammlung nach § 256 AktG mit qualifizierter Mehrheit. Was die Sicherung der Kompetenzverteilung anbetrifft, so ist insoweit § 256 AktG *lex specialis* zu § 126 AktG²⁾. Dies ist keine Inkonsequenz zu der oben³⁾ dargelegten Auffassung. § 256 AktG konnte zu dem tragenden Grundsatz der Kapitalerhaltung keine Ausnahmeregelung darstellen, denn das Gesetz hätte ausdrücklich bestimmen müssen, wenn es die unerläßlich notwendige Sicherung der Gläubigerinteressen, die das gesamte Aktienrecht durchzieht, hätte aufgeben wollen. Genaugenommen greift § 256 AktG nicht in das ausschließliche Gewinnverteilungsrecht der Hauptversammlung ein, sondern macht es lediglich entbehrlich, daß die Hauptversammlung alljährlich über die Verteilung des Gewinns beschließt. § 256 AktG beschränkt die Vertretungsmacht des Vorstandes gerade auch deshalb, weil viele der dort geregelten Verträge in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung bezüglich der Gewinnausschüttung eingreifen. Wenn man fordert, daß die Hauptversammlung Jahr für Jahr über die Gewinnverteilung beschließt, so hätte die Beschränkung der Vertretungsmacht wenig Sinn. Der Vorstand könnte zwar mit Zustimmung der Hauptversammlung solche Verträge abschließen, die Hauptversammlung aber jedes Jahr erneut be-

1) Vgl. Ballerstedt, Kapital S. 133; Fischer Großkomm. § 52 Anm. 3; Hueck, DB 1959/225

2) So Hueck, DB 1959/229

3) s. o. S. 67/68

schließen, ob sie den Gewinn abführen will oder nicht. Gerade weil die in § 256 AktG geregelten Verträge öfters auch den Kompetenzbereich der Gewinnverteilung berühren, wollte das Gesetz auch eine Bindung der Hauptversammlung an den einmal von ihr gefaßten Beschluß herbeiführen. Ganz abgesehen davon hätte eine jährliche Abstimmung über die Gewinnverteilung praktisch wenig Sinn, da die Obergesellschaft in aller Regel so erheblich an der Untergesellschaft beteiligt ist, daß sie diesen Beschluß ohnehin durchsetzen kann¹⁾.

3) Die Gleichbehandlung der Aktionäre

Die Vorschriften über die Vermögensbindung und die Gewinnverteilungsvorschriften dienen auch dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre²⁾. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre besagt ganz allgemein, daß kein Aktionär gegen seinen Willen in denjenigen Rechten verkürzt werden darf, die Gesetz oder Satzung allen Aktionären in gleicher Weise gewähren³⁾. Es kann nun allerdings vorkommen, daß ein Gewinnabführungsvertrag gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre verstößt, etwa dadurch, daß der Vertrag eine unangemessen niedrige Ausgleichsleistung⁴⁾ festlegt. Hier beurteilt sich im Vergleich zum Grundsatz der Kapitalerhaltung die Rechtslage ganz anders. Ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltung zieht die absolute Nichtigkeit nach sich⁵⁾, da es sich insoweit im Interesse Dritter um eine strikte Regelung handelt, die einem absoluten Veräußerungsverbot vergleichbar ist. Wenn es aber um den Gleichheitssatz geht, so ist die Bevorzugung eines Aktionärs in der Gewinnzuwendung nur solange rechtlich zu beanstanden, als die benachteiligten Gesellschafter nicht zustimmen, denn die Aktionäre können auf die Anwendung des Gleichheitssatzes wirksam verzichten.

1) Vgl. Hueck, DB 1959/226; Ballerstedt, DB 1957/839

2) Vgl. Ballerstedt, Kapital S. 132; Fischer Anm. 3 zu § 52; Hueck a. a. O. S. 226

3) Vgl. Ballerstedt, Kapital S. 141

4) Über die Ausgleichsleistung s. u. S. 97

5) s. o. S. 72 Note 1

Man kann bei einem Verstoß dagegen von einer relativen Unwirksamkeit sprechen. Der Organvertrag bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung, und wenn überhaupt, so fällt primär dem Zustimmungsbeschluß ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zur Last. Der Beschluß ist aber dann aus den oben angeführten Gründen nur anfechtbar und nicht nichtig¹⁾. Wenn die benachteiligten Aktionäre also zugestimmt haben oder die Anfechtungsfrist verstrichen ist, so bildet der unanfechtbare Beschluß eine Grundlage für den Gewinnabführungsvertrag.

4) Der Ausweis des Gewinns in der Bilanz

Ballerstedt hat schließlich als vierten Zweck der §§ 52, 54 AktG herausgearbeitet²⁾, daß der Gewinn, den die Gesellschaft erwirtschaftet, nicht durch Vorabführungen an die Aktionäre verkürzt, sondern voll als Gewinn der Gesellschaft in der Bilanz ausgewiesen werden soll. Dies wird in der überwiegenden Praxis der Organverträge nicht beachtet³⁾, wenn das Ergebnis der Geschäftstätigkeit außerhalb der Bilanz verrechnet wird. Ballerstedt hat immer wieder⁴⁾ auf diesen Punkt hingewiesen und hält einen Gewinnabführungsvertrag nur dann für zulässig, wenn zunächst der Reingewinn in der Bilanz ausgewiesen wird. Der abgeführte Gewinn ist Ergebnis der Organgesellschaft und sollte deshalb auch in deren Bilanz erscheinen⁵⁾. Es handelt sich aber insoweit nur um einen reinen Ordnungszweck, bei dessen Verletzung (ähnlich wie bei Verletzung der Gliederungsbestimmungen des Bilanzrechts) nur die Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung begründet sein kann, wenn der Vertrag ein entsprechendes Abführungsverfahren festlegt⁶⁾. Im übrigen ist festzustellen, daß

1) So die überwiegende Meinung: Ballerstedt, Kapital S. 140; Hueck, DB 1959/226 und dort Note 31.

2) Ballerstedt a. a. O. S. 133

3) Vgl. o. S. 66 und dort Note 4

4) Ballerstedt, DB 1956/838 und DB 1957/838

5) Vgl. Studienkommission des Deutschen Juristentages 1955 Teil I S. 56

6) Vgl. Hueck, DB 1959/226, allerdings unter Hinweis auf Ballerstedt, bei dem dies nicht klar zum Ausdruck kommt.

weder der Organvertrag noch der Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung etwas mit dem Jahresabschluß zu tun haben. Seine Rechtswirksamkeit beurteilt sich nach den sonst auch geltenden Vorschriften, wobei zu unterscheiden ist, ob der Jahresabschluß durch den Vorstand und Aufsichtsrat oder durch die Hauptversammlung festgestellt wurde¹⁾. Aus der üblichen Praxis der Organschaftsabrechnung ergibt sich dabei eine wichtige Folgerung. Wenn ein bilanzmäßiger Reingewinn mangels Ausweises fehlt, so könnte man folgerichtig auch daran denken, daß kein Betrag in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden muß (§§ 130 II, 131 I B/II AktG). Die Vorschriften über die gesetzliche Rücklagenbildung bezwecken, daß Teile des in guten Jahren erzielten Gewinns für Notzeiten zurückbehalten werden und damit die Aktiengesellschaften im öffentlichen Interesse eine größere Krisenfestigkeit erhalten. Dieser Zweck würde umgangen, wenn wegen der Eigenart der Bilanzierung bei Organverhältnissen keine gesetzliche Rücklage gebildet würde, obwohl die Organgesellschaft Gewinn erzielt. Ein Jahresabschluß, der gegen die gesetzliche Rücklagenbildung verstößt, ist nach § 202 I Nr. 2 AktG oder nach § 195 Nr. 3 AktG nichtig²⁾. Dies kann auch nicht anders sein, wenn der Gewinn entgegen dem obengenannten Ordnungszweck nicht in der Bilanz ausgewiesen wird, sondern als Schuld an die Obergesellschaft erscheint und nur deshalb die gesetzliche Rücklagenbildung unterlassen wird.

IV. Die Regelung des Regierungsentwurfs

Die Vorschriften des 3. Buches 3. Abschnitt §§ 289 ff. des Regierungsentwurfs entsprechen im wesentlichen den oben herausgestellten Grundsätzen für den Fall der organschaftlichen Vermögenskoppelung. Auch der Regierungsentwurf kann diese nur zulassen, wenn dabei der Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals nicht angetastet wird. Dies verlangt die bleibende rechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft.

1) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 184

2) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 29

§ 291 RegE verpflichtet zu diesem Zweck die Obergesellschaft zwingend zu der schon nach geltendem Recht notwendigen Verlustübernahme¹⁾ und schafft damit eine mittelbare Haftung der Muttergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Organgesellschaft, da diese in den Anspruch auf Verlustübernahme vollstrecken können. Die Verlustübernahme soll gesetzlich an das Bestehen eines Organvertrages gebunden sein, braucht also nicht ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen zu werden. Als Verlust ist grundsätzlich jeder während der Vertragsdauer entstehende Jahresfehlbetrag auszugleichen. Dazu können auch während der Vertragsdauer eingestellte freie Rücklagen aufgelöst werden, jedoch ist die Heranziehung der gesetzlichen oder der vor Abschluß des Vertrages gebildeten freien Rücklagen ausgeschlossen. Die Ausnahme von dem Verbot, freie Rücklagen als Gewinn abzuführen, muß deshalb für solche Rücklagen gelten, die während der Dauer des Vertrages eingestellt wurden, weil sonst der Anreiz zur Bildung freier Rücklagen weitgehend genommen würde.

Der Erhaltung des Grundkapitals dient auch die Vorschrift des § 290 RegE über den Höchstbetrag der Gewinnabführung²⁾. Der Entwurf vermeidet es zwar, positiv zu regeln, was als Gewinn abgeführt werden kann. Dies ist der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien überlassen, die ganz verschiedene Formen der Gewinnberechnung festlegen können. Aber diese Freiheit könnte auch dazu führen, daß ein Betrag abgeführt wird, der höher ist als der nach aktienrechtlichen Grundsätzen ermittelte Jahresüberschuß³⁾. Dies würde ständig zu verdeckten Verlusten der Organgesellschaft führen und damit deren Grundkapital schmälern. Die Organgesellschaft kann nach § 290 RegE daher höchstens den ohne Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuß, vermindert um einen eventuellen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 289 RegE in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, abführen.

1) Ebenso RefE § 278

2) So auch § 277 RefE

3) Vgl. o. S. 74

Als wesentlicher Grundsatz zur Erhaltung des Grundkapitals wurde oben die Verpflichtung der Obergesellschaft zur Substanzerhaltung herausgestellt¹⁾. Der Regierungsentwurf schreibt eine solche Pflicht für den Organvertrag nicht ausdrücklich vor. § 289 RegE sorgt allerdings für die Bildung der gesetzlichen Rücklagen und stellt dafür zwei Mindestgrenzen auf. Der einzustellende Betrag muß mindestens dem Betrag entsprechen, der zur gleichmäßigen Auffüllung der gesetzlichen Rücklagen auf den zehnten Teil des Grundkapitals innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre erforderlich ist²⁾. Die Einstellung muß aber mindestens dem Betrag entsprechen, der ohne die Gewinnabführung nach § 143 II Nr. 1 RegE in die gesetzliche Rücklage einzustellen wäre. Mit dieser Regelung wird aber der Substanzerhaltungspflicht noch nicht genügt. Der Entwurf mußte sie treffen, weil er die bisherige Praxis legalisiert³⁾, die den Gewinn als Verbindlichkeit an die Obergesellschaft behandelt, und damit die Gefahr gegeben ist, daß keine Rücklage gebildet wird⁴⁾. Die gesetzliche Rücklage dient dazu, spätere Verluste wieder auszugleichen, und ist zwar auch gebunden, aber nicht so fest wie das Grundkapital. Die Herabsetzung oder Auflösung der Rücklage ist zum Ausgleich von Wertminderungen oder zur Deckung sonstiger Verluste, dann aber ohne Einhaltung von Gläubigerschutzbestimmungen, möglich (§ 130 III AktG). Das verdeutlicht, daß die Pflicht zur Rücklagenbildung nicht der Substanzerhaltungspflicht, die aus dem Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals folgt, entspricht. Beim Organverhältnis erfolgt eine Vermögensverbindung der beiden Gesellschaften, die Obergesellschaft enthält ein umfassendes Nutzungsrecht an dem Vermögen der Organgesellschaft, und daraus folgt die Pflicht, dieses Vermögen in seinem wertmäßigen Bestand zu erhalten⁵⁾. Das kann aber nicht dadurch geschehen, daß die gesetzliche Rücklage aufgefüllt wird. Die Untergesellschaft ist auch nach der Regelung des Entwurfs nicht davor geschützt, daß

1) Vgl. o. S. 72

2) Bei einer Kapitalerhöhung läuft die Frist von da an.

3) Vgl. § 147 I Nr. 27 RegE

4) Vgl. o. S. 81

5) Vgl. o. S. 72

das Organverhältnis endet und sie als selbständige Gesellschaft auf eigenen Füßen stehen muß. Im Interesse ihrer zukünftigen Aktionäre und ihrer Gläubiger muß ihr daher der wertmäßige Bestand ihres Vermögens erhalten bleiben¹⁾.

Für die Gewinnabführung an sich stellt § 280 III RegE klar, daß diese Leistung nicht als Verstoß gegen die §§ 54, 55, 57 RegE gilt, und klärt damit ausdrücklich die Streitfrage des geltenden Rechts. Oben²⁾ wurde dargelegt, daß die Gewinnabführung selbst nicht gegen die Grundsätze der Vermögensbindung verstößt, die Vorschrift hat insoweit nur die Bedeutung, die Entstehung eines ähnlichen Streits zu verhindern³⁾.

Was den Grundsatz der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Hauptversammlung anbetrifft, so ist durch § 282 RegE ebenso wie durch § 256 AktG klargestellt, daß der Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung zum Abschluß des Organvertrages insoweit eine Spezialregelung darstellt. Die Gleichbehandlung der Aktionäre wird durch die Regelung von entsprechenden Ausgleichsleistungen (§ 293 ff. RegE) sichergestellt. Der Regierungsentwurf verlangt nicht den Ausweis des abgeführten Jahresgewinns in der Bilanz der Organgesellschaft, sondern lediglich die Aufnahme in die Aufwendungen der Gewinn- und Verlustrechnung (§ 147 I Nr. 27 RegE). Da durch § 289 RegE die Bildung einer entsprechenden gesetzlichen Rücklage gewährleistet ist und auch die Gläubiger durch entsprechende Vorschriften geschützt sind, wäre der ausdrückliche Ausweis eines Gewinns bei der Organgesellschaft bedeutungslos.

1) Man kann nicht einwenden, daß diesen Zweck die Verlustübernahme erfüllt, da diese nur für die Dauer des Vertrages gilt und nur die bilanzmäßigen Verluste ausgleicht.

2) s. o. S. 73

3) Vgl. RegE, Begründung S. 217

G. Der Minderheitenschutz beim Organverhältnis

Wenn die Obergesellschaft die Organgesellschaft nicht zu 100 % beherrscht, so treten bezüglich der Minderheitsaktionäre besondere Probleme auf. Es soll hier zunächst untersucht werden, ob ein Organvertrag gegen den Willen einer Minderheit beschlossen werden kann und ob sich vom rein Formellen her Möglichkeiten bieten, die Minderheit zu schützen.

I. Formeller Minderheitenschutz

1) Das geltende Recht

Eine herrschende Meinung¹⁾ nimmt an, daß der Großaktionär bei Abschluß des Organvertrages an nichts anderes gebunden sei als an den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, und dieser werde durch eine entsprechende Dividendengarantie gewahrt. Duden²⁾ hat demgegenüber die Ansicht vertreten, daß es schon nach geltendem Recht nicht zulässig sei, daß der Großaktionär einer widerstrebenden Minderheit die Umwandlung der Gesellschaft in sein "Organ" gegen eine Dividendengarantie aufzwingen³⁾. Er hat seine Meinung durch Vergleich mit vier seiner Ansicht nach ähnlich gelagerten Fällen begründet, bei denen eine Majorisierung nur zugelassen werde, wenn eine spezielle Regelung besondere Garantien für den Schutz der Minderheit biete. Er meint⁴⁾, eine Mehrheit könne Stammaktien nicht ohne Zustimmung der Minderheit in Vorzugsaktien umwandeln. Es sei erst recht unzulässig, Aktien der Minderheit in Gewinnobligationen (dies sei der wirtschaftliche Effekt einer Dividendengarantie) umzutauschen. Zwar lasse das Umwandlungsgesetz vom 12. 11. 1956 die Möglichkeit zu, daß ein Großaktionär mit 75 % den Rest ausschließe, aber dort

1) Vgl. Flume, DB 1956/457; Rasch, Konzernrecht S. 87; Ballerstedt, DB 1956/840

2) Duden, BB 1957/49 ff.

3) Auf seinen Vorschlag de lege ferenda soll später eingegangen werden.

4) Duden a. a. O. S. 51

seien die Rechte der Minderheit auf eine angemessene Abfindung durch die Sonderregelung der §§ 30, 32 UmwG geschützt. Bei der Fusion (die ja der Gründung einer Organisation im wirtschaftlichen Sinn entspricht) sei auch zur Wahrung der Rechte der Minderheit eine besondere Haftung der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder statuiert; und für die Geltendmachung dieser Haftung sei ein besonderes Verfahren vorgesehen, in dem ein Minderheitenvertreter bestellt werden kann (§§ 243, 244 AktG). Auch bei der Liquidation mit Übernahme des Unternehmens durch den Großaktionär (§ 203 I Nr. 2 AktG) könnten 5 % der Aktionäre aus wichtigen Gründen die gerichtliche Bestellung von unparteiischen Abwicklern beantragen. Außerdem schütze auch die Liquidationseröffnungsbilanz die Minderheit (§ 211 AktG). Weil keine spezielle Regelung für den Schutz der Minderheit nach geltendem Recht bestehe, sei der Organisationsvertrag unzulässig.

Pleyer¹⁾ hat eine ähnliche Meinung vorgetragen. Wer eine Aktie erwerbe, unterwerfe sich zwar dem Mehrheitsbeschluß; dies gelte aber nicht schrankenlos. Die Möglichkeit, Mehrheitsentscheidungen zu fällen, finde ihre Grenze an der typischen, der Aktiengesellschaft bei ihrer Gründung gegebenen Bestimmung, die das Publikum zum Kauf der Aktien bewegt, nämlich, sich an einem Unternehmen zu beteiligen, das im Interesse der Aktionäre betrieben wird, auf dessen Leitung sie einen gewissen Einfluß ausüben können und an dessen Gewinn sie beteiligt werden. Durch den Abschluß des Organvertrages werde die Aktiengesellschaft eine Rentnergesellschaft, was eine fundamentale Zweckänderung darstelle. Da das Aktienrecht diese Frage nicht regle, müsse man auf § 33 II BGB zurückgreifen. Danach könne der Abschluß des Organvertrages nur einstimmig beschlossen werden.

Diese Überlegungen können aber den Organvertrag nach geltendem Recht nicht unzulässig machen. Zunächst sind schon die praktischen Folgerungen sehr bedenklich. Soll wirklich der Widerspruch auch nur eines Aktionärs einen Organver-

1) Pleyer, Aktiengesellschaft 1959/8 ff.

trag zu Fall bringen, auch wenn die angebotene Ausgleichsleistung noch so großzügig ist und die Organschaft sich für alle Beteiligten als das Vernünftigste erweisen würde? Die Mehrheit würde einer selbst verschwindend kleinen Minderheit ausgeliefert, der Minderheit geradezu eine erpresserische Machtstellung verschafft, für die es im Recht der Kapitalgesellschaften keine Parallele gibt. Wenn die Obergesellschaft danach nicht 100 % der Aktien hält, stünden der organschaftlichen Eingliederung oft unüberwindliche Hindernisse entgegen¹⁾.

Wenn man wie Pleyer Einstimmigkeit für fundamentale Änderungen fordert, so sieht man zwangsläufig die Stellung der Minderheitsaktionäre mit unentziehbaren Mitgliedschaftsrechten bekleidet. Infolge der organschaftlichen Eingliederung hört die Untergesellschaft auf, ein werbendes Unternehmen zu sein und verzichtet auf eigenes Gewinnstreben, so daß den Minderheitsaktionären ihr Dividendenrecht entzogen wird. Es kommt darauf an, ob man ein unentziehbares Recht des Aktionärs auf Dividende anerkennt²⁾, oder ob man es für zulässig hält, das Mitgliedschaftsrecht auf Gewinnbeteiligung aufzuheben oder zu beeinträchtigen³⁾. Wie Mestmäcker⁴⁾ treffend nachgewiesen hat, kann man die körperschaftliche und mitgliedschaftliche Rechtssphäre nicht durch ein System unentziehbarer Sonderrechte abgrenzen, denn ein System unentziehbarer Sonderrechte ist nur dann funktionsfähig, wenn das gemeinsame Interesse der Mitglieder stark genug ist, die Ausübung der von dem Mehrheitswillen unabhängigen Einzelrechte zu koordinieren⁵⁾. Wenn das Gesetz auch eine Veränderung der rechtlichen Grundlagen des Zusammenwirkens durch Satzungsänderung mit qualifizierter Mehrheit zuläßt, dann drückt es damit aus, daß es in dem Mehrheitserfordernis einen hinreichenden Schutz der Einzelaktionäre erblickt. Es sind daher grundsätzlich

1) Vgl. Ballerstedt, DB 1957/839

2) So Lehmann, ArchBürgR Bd. 9 S. 376 ff.; Haussmann, Aktienwesen S. 38

3) So Fischer in GroBkomm. § 52 Anm. 16; v. Godin-Wilhelmi, § 52 Anm. 6; Baumbach-Hueck § 52 Anm. 4 C

4) Mestmäcker, Verwaltung S. 10 und S. 340

5) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 43

alle Beeinträchtigungen im Wege der Satzungsänderung möglich, wenn der Beschluß nur rechtmäßig, d. h. insbesondere unter Wahrung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung, zustande gekommen ist¹⁾. In § 256 AktG wird aber der Abschluß des Organvertrages nur an die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit geknüpft. Unberührt von dieser Regelung bleiben tragende Grundsätze des Aktienrechts wie die Kapitalerhaltung und die Gleichbehandlung der Aktionäre. Wenn der letztere Grundsatz verletzt ist, so bewirkt das wie oben²⁾ gezeigt nur die Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung. Daraus läßt sich schließen, daß der Organvertrag nicht deshalb unzulässig ist, weil etwa widerstrebenden Minderheitsaktionären ihr Dividendenrecht entzogen wird³⁾. Wenn man geltend macht, daß das Anfechtungsrecht der Minderheit prozessual nur einen schwachen Schutz gewährt⁴⁾, so läßt sich eine Besserstellung de lege ferenda befürworten, aber daraus kann nicht die Unzulässigkeit des Organvertrages nach geltendem Recht gefolgert werden.

2) Die zukünftige Regelung

Duden⁵⁾ tritt de lege ferenda für eine Änderung des § 114 IV AktG ein und möchte unter Hinweis auf das alte Aktienrecht (§ 252 III 2 HGB), das Vereinsrecht (§ 34 BGB), das G.m.b.H.-Recht (§ 47 IV 2 GmbHG) und das Genossenschaftsrecht (§ 43 III 2 GenG) das alte Gesellschaftsprinzip wiedereinführen, daß ein Gesellschafter sich beim Beschluß über Geschäfte mit sich selbst der Stimme zu enthalten habe, und möchte auch in Fortführung des Gedankens des § 146 II AktG den Abschluß eines Organvertrages von der Zustimmung einer Mehrheit innerhalb der Minderheit abhängig machen⁶⁾. Den Mehrheitsaktionär von der Teilnahme an der

-
- 1) Würdinger, Aktienrecht S. 43. Darüber, daß der Organvertrag eine Satzungsänderung darstellt, vgl. Ballerstedt, DB 1956/839; Rasch, Konzernrecht S. 87; Duden, BB 1957/49; Schilling, JZ 1957/530; Flume, DB 1956/460
2) s. o. S. 80
3) Vgl. Hueck, DB 1959/227
4) Duden, DB 1957/50; Rasch, Gutachten S. 36
5) Duden, a. a. O. S. 50
6) Duden, BB 1957/1230

Abstimmung auszuschließen, ist aber nicht ratsam. Es würde dies praktisch zur Folge haben, daß die nichtbeteiligten Aktionäre allein darüber entscheiden, ob ein derartiger Vertrag zustandekommt. Für die Begründung des Stimmrechtsausschlusses läßt sich auch nicht anführen, daß der Großaktionär mittelbar durch seinen Anteilsbesitz über Vorstand und Aufsichtsrat auf die Gestaltung des Organvertrages einwirken könne. Die Mitglieder der Verwaltungsorgane sind rechtlich verpflichtet, sich von dem Wohl aller Aktionäre leiten zu lassen. Eine contra legem ausgeübte Einflußnahme läßt sich nicht als Grund anführen, wenn man das Stimmrecht entziehen will. Wenn man den außenstehenden Aktionären allein die Entscheidungsbefugnis über den Organvertrag einräumt, so klappt eine schwere Lücke zwischen den wirtschaftlich finanziellen Interessen der Mehrheit und deren Entscheidungsbefugnis. Es ist nahezu unvermeidlich, daß der Mehrheitsaktionär die Mehrheit innerhalb der Minderheit aufkauft oder sich die Stimmenmehrheit durch Legitimationszession, Konsortialvereinbarungen usw. sichert¹⁾. Die Praxis mit § 252 III HGB hat gelehrt, daß der zunächst so einfach erscheinende Standpunkt des Gesetzgebers unhaltbar war, denn es gab so viele Möglichkeiten der materiellen Umgehung des Gesetzes, daß die Vorschrift allmählich jeden Wirklichkeitswert einbüßte²⁾. Man darf den Grundsatz nicht beseitigen, daß der Entscheidungsbefugnis eine entsprechende finanzielle Beteiligung entsprechen muß. Die Entscheidung der Minderheit wäre selbst eine Mehrheitsentscheidung, so daß das Problem nur verschoben, aber nicht gelöst wird. Wie Rasch³⁾ ausführt, liegt der Schlüssel für die Regelung des Problems auf einer anderen Ebene. Es kommt darauf an, der Minderheit einen ausreichenden materiellen Schutz zu sichern, angemessene Bedingungen für den Abschluß von Organverträgen zu gewährleisten⁴⁾ und nicht neue Stimmrechtsvorschriften einzuführen.⁵⁾

1) Mestmäcker, Verwaltung S. 341

2) Rasch, Konzernrecht S. 110

3) Rasch, Gutachten S. 32 und S. 34

4) Ballerstedt, DB 1957/841

5) übereinstimmend Würdinger, DB 1957/963

Auch der Regierungsentwurf verlangt in § 282 für den Abschluß eines Organvertrages nur die Zustimmung der Hauptversammlung mit mindestens $3/4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals. Er beläßt es damit bei den Mehrheitserfordernissen des geltenden Rechts (§ 256 AktG). Von der Wiedereinführung eines Stimmverbots für den Mehrheitsaktionär wurde abgesehen, und die Begründung¹⁾ dafür schließt sich im wesentlichen an die oben genannten Gesichtspunkte an und meint darüber hinaus, daß der Mehrheitsaktionär, falls er einer Minderheit ausgeliefert sei, von dem Abschluß eines Organvertrages absehen werde, um statt dessen die Gesellschaft ohne Rechtsgrundlage durch Ausnutzung seines beherrschenden Einflusses für seine Ziele dienstbar zu machen. Dadurch würden die außenstehenden Aktionäre unter Umständen mehr gefährdet als ohne den Vertrag²⁾. Man könne der Umgehung des Stimmverbotes nicht entgegenwirken und müsse dann trotzdem materielle Vorschriften für den Schutz der Minderheit schaffen. Wenn dies aber auf jeden Fall erforderlich ist, dann ist nicht einzusehen, warum man dem Großaktionär das Stimmrecht entziehen soll.

II. Materieller Minderheitenschutz

1) Die materiellen Schranken der Mehrheitsherrschaft

Wenn man die ungeklärte Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre betrachtet und Grundsätze für ihren Schutz finden will, so kommt man zwangsläufig auf das allgemein aktienrechtliche Problem, welche materiellen Schranken der Mehrheitsherrschaft gezogen sind³⁾. Die Instanzen, in denen die Minderheit zu Gunsten einer Mehrheit geschädigt werden kann, sind die Geschäftsführung und die Hauptversammlung; die Geschäftsführung, die in Gefahr ist, von der Mehrheit für ihre Interessen eingespannt zu werden, und die Hauptversammlung, in der diese Mehrheit unmittelbar schädliche Beschlüsse durchzusetzen versucht, also die

1) RegE, Begründung S. 218

2) Vgl. §§ 293 ff. RegE

3) Vgl. auch Mestmäcker, Verwaltung S. 342

Zustimmung zum Abschluß des hier interessierenden Organvertrages (§ 256 AktG). Es geht deshalb hier um die Schranken der Stimmrechtsbetätigung in der Hauptversammlung. Das geltende Recht versucht, diese Schranke mit dem Verbot der Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile zu errichten (§ 197 II AktG). Um die Grundlagen des Problems besser zu erkennen, lohnt es sich aber, auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts einzugehen, das zuerst die Grenzen der Mehrheitsherrschaft abgesteckt hat.

Organschaftsverträge, bei denen eine Minderheit überstimmt worden ist, waren unter diesem Gesichtspunkt nicht Gegenstand zivilrichterlicher Beurteilung. Das Reichsgericht hat sich vornehmlich mit Tatbeständen beschäftigt, in denen eine Mehrheit durch Schaffung von Verwaltungsaktien eine Gesellschaft unter ihre Leitungsmacht zu zwingen versuchte. Die Interessenlage ist aber von der Minderheit her gesehen beim Abschluß von Organverträgen die gleiche wie bei den vom Reichsgericht hauptsächlich behandelten Fällen. Die Verwaltungsaktien sind nur ein spezieller Fall, bei dem die Minderheit durch die Mehrheit geschädigt werden kann¹⁾. Sie wurden in der Regel durch Kapitalerhöhung geschaffen, das Bezugsrecht wurde der herrschenden Gruppe vorbehalten, die dafür meistens weniger als den Kurswert bezahlen mußte. Die Geschäftsgewinne verteilten sich dann auf einen größeren Kreis von Beteiligten; damit wurden die Anteile der Minderheit verwässert und diese geschädigt. Bei der organschaftlichen Eingliederung erhält der Großaktionär ein umfassendes Nutzungsrecht am Unternehmen der Organgesellschaft (damit auch an den Anteilen der Minderheit) und zieht den ganzen Gewinn unter Umständen gegen eine feste Dividendengarantie an sich. Auch dabei können die außenstehenden Aktionäre geschädigt werden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt sich also vergleichsweise heranziehen.

Ein erster Abschnitt in der Rechtsprechung schließt sich an die vielzitierte Entscheidung des RG²⁾, den sog.

1) Filbinger S. 77

2) RGZ 68/235

Hibernia-Fall an, in dem die Verwaltung eine Erhöhung des Grundkapitals um 10 Millionen aus bevorzugten (bezüglich Dividende und Beteiligung am Liquidationserlös) Stammaktien durchsetzte, für die das Bezugsrecht ausgeschlossen war, um zu verhindern, daß der preußische Fiskus die Gesellschaft in Staatsbesitz brachte. Hier hat das RG das gesetzliche Mehrheitsprinzip vorbehaltlos anerkannt. Danach waren die in Angelegenheiten der Gesellschaft mit der erforderlichen Stimmenzahl gefaßten Beschlüsse der Mehrheit für die Minderheit auch dann maßgebend, wenn sie dieser als verkehrt, wirtschaftlich nachteilig und den Bestrebungen der Minderheit schädigend erschienen. Dies sei eine unabwendbare Folge des im Gesetz zur Anerkennung gelangten Grundsatzes, daß die Mehrheit des Aktienbesitzes darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun oder zu lassen ist. Diese Linie hat das RG fortgesetzt¹⁾. Seiner Ansicht nach²⁾ entscheidet eben in der Aktiengesellschaft die Mehrheit des Aktienbesitzes, und die Minderheit muß sich die Beschlüsse gefallen lassen, wenn sie auf gesetzlichem Boden bleiben³⁾. Das RG erkennt zwar, daß ein Beschluß gegen § 138 BGB verstoßen könne, aber die Schädigung der Gesellschaftsinteressen durch die Mehrheit wird angesichts ihrer gesetzlichen Entscheidungsbefugnis nicht als Sittenverstoß anerkannt. Aus dem Fehlen von Einschränkungen der Stimmrechtsbetätigung hat das RG überhaupt auf Bindungslosigkeit geschlossen und der Mehrheit schlechthin ohne Einschränkung das Bestimmungsrecht darüber zuerkannt, was im Interesse der Gesellschaft zu tun oder zu lassen sei⁴⁾. Damit war einer Mehrheit die Möglichkeit gegeben, außergesellschaftliche Eigeninteressen auf Kosten der Gesellschaft und der Minderheitsaktionäre zu verfolgen. Besonders krasse Formen nahm dieser Rechtszustand durch die Mehrstimmrechtsaktien an, die ursprünglich während der Inflation aus Schutz gegen Überfremdung gedacht waren, bald aber als wichtigstes Mittel

1) RGZ 68/317; 72/34; 80/388; 81/37; 85/107

2) RGZ 85/170

3) z. B. die damaligen Minderheitsrechte der §§ 254, 264, 268, 288 HGB; vgl. auch Rasch, Konzernrecht S. 120

4) Vgl. Filbinger, S. 80

dienten, die Gesellschaft auszubeuten¹⁾.

Dies hat zu einer Wendung des RG zu einer minderheitsfreundlicheren Rechtsprechung und Beschränkung der Mehrheitsmißbräuche geführt. In einem Fall²⁾ wurde das Grundkapital von 1 auf 2 Millionen Stammaktien erhöht, das Bezugsrecht ausgeschlossen und die neuen Aktien zur Verfügung der Verwaltung gehalten. Ihre Ausgabe geschah zum Parikurs (tatsächlicher Kurs 330 %). Das RG meinte damals, daß der Inhalt des Beschlusses den Verdacht erwecke, als habe die Mehrheit nicht nur aus Zwecken der Abwehr, sondern mindestens darüber hinaus aus eigensüchtigen Interessen unter bewußter Hintansetzung des Wohles der Gesellschaft gehandelt. Der Gesamtcharakter des Beschlusses nach Inhalt, Beweggrund und Ziel verstoße gegen die guten Sitten. Dann³⁾ taucht die Formulierung vom sittenwidrigen Machtmißbrauch der Mehrheit zum Nachteil der Minderheit auf, und schließlich wird auf das Interesse der Gesellschaft abgestellt⁴⁾ und damit die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit begrenzt. Bei Ausübung seiner Rechte hat sich der Gesellschafter grundsätzlich von den Interessen der Gesellschaft und nicht von seinen privaten außerhalb der Gesellschaft liegenden Sonderinteressen leiten zu lassen. Es werden also Gesellschaftsinteresse und Majoritätsinteresse gegenübergestellt⁵⁾, die Minderheit nicht für sich allein, sondern als Teil der Gesellschaft geschützt. Die bloße Verfolgung eigensüchtiger Interessen macht den Beschluß noch nicht anfechtbar, sondern nur dann, wenn das Interesse der Gesellschaft dadurch geschädigt wird. Es hat sich dann allmählich durchgesetzt, daß das Wohl der Gesellschaft oberstes Gesetz für jeden Aktionär sein muß⁶⁾. Der Grundsatz, daß die Mehrheit nicht "gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre" verfolgen dürfe, hat Auf-

1) Vgl. Rasch, Konzernrecht S. 121

2) RGZ 107/72

3) RGZ 122/163

4) RGZ 107/204

5) RGZ 132/163

6) Vgl. Dorpalen, ZHR 102/12

nahme in das Aktiengesetz gefunden (§ 197 II AktG). Damit ist ein Wechsel in der Bewertung von Mehrheits- und Gesellschaftsinteresse vollzogen, die Mehrheit darf ihre Belange nur insoweit verfolgen, als sie sich mit denen der Gesellschaft decken¹⁾.

Man erkennt nur schwer die Entstehung des § 197 II AktG aus dem Begriff der Sittenwidrigkeit. Das RG benutzte ihn noch als rechtstechnische Konstruktion zum Schutz des Gesellschaftsinteresses²⁾. Wenn ein Großaktionär Sonderinteressen zum Schaden der Gesellschaft verfolgt, dann ist dies sittenwidrig. Dabei hat der Begriff der Sittenwidrigkeit eine deutliche Wandlung durchgemacht. Schon früh³⁾ sieht man in der Sittenwidrigkeit eine Schranke für die Ausübung der Sozialrechte, aber es wird dabei eben auf die unsittliche Gesinnung (sittlich-ethische Maßstäbe) zur Erkennung abgestellt⁴⁾. Dann hat sich⁵⁾ eine Einstellung angebahnt, die die wirtschaftliche Auswirkung des Beschlusses prüft und daran abliest, ob die guten Sitten verletzt sind oder nicht. Damit wurde langsam von der subjektiven auf eine objektive Seite zur Erkennung des Sittenwidrigen abgestellt⁶⁾. Das Motiv der Machterweiterung braucht nicht sittlich verwerflich zu sein, die Mehrheit kann annehmen, damit der Gesellschaft zu dienen. Dennoch wurde der Beschluß für nichtig erklärt, weil er objektiv eine einseitige ungerechtfertigte Zurücksetzung der Minderheitsinteressen zur Folge hatte⁷⁾. Dies mußte geschehen, um die Minderheit in den eigentlichen Konzernfällen, die nicht auf dolosem Verhalten beruhen, nicht schutzlos den Mehrheitsinteressen preiszugeben. Noch nach der Einführung des § 197 II AktG war der Gegensatz von subjektivi-

1) Filbinger S. 86

2) Vgl. Filbinger S. 86

3) RGZ 68/235

4) Vgl. Hueck, RG-Praxis Bd. IV S. 176; vgl. auch Wieland, Kapitalgesellschaften, S. 207, 205

5) Beginnend mit RGZ 107/72

6) Dorpalen, a. a. O. S. 11; Wieland, a. a. O. S. 207

7) Vgl. auch RGZ 122/163

ver und objektiver Betrachtung lebendig¹⁾.

Der BGH²⁾ hat in einer neueren Entscheidung das Verbot, gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verfolgen, als ein allgemeines aktienrechtliches Prinzip aufgefaßt, das die Entscheidungsfreiheit der Mehrheit objektiv begrenzt³⁾. Diese Betrachtung allein erscheint richtig. Schon Filbin-ger hat es als einen unnötigen Umweg bezeichnet, das Ge-sellschaftsinteresse über die Sittenwidrigkeit zu schüt-zen, und meint, die Unverletzlichkeit der Gesellschaft sei ein selbstverständlicher Rechtsgrundsatz des Aktien-rechts. Man löst die Konflikte zwischen Mehrheit und Min-derheit nicht dadurch, daß man der ersteren eine unsitt-liche Gesinnung unterstellt. Sie handelt in den meisten Fällen nicht aus unlauteren Beweggründen, wenn sie ihre Macht in der Gesellschaft ausbaut. Die Mehrheit hat die Möglichkeit, über das Gesellschaftsvermögen auch mit Wir-kung gegen alle Aktionäre zu verfügen, und daraus folgt die Pflicht, im Rahmen des Gesamtinteresses die berech-tigten Belange der Minderheit zu berücksichtigen und de-ren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen⁴⁾.

W. Küster hat erneut den Versuch unternommen, die Grenzen der Mehrheitsherrschaft näher zu bestimmen⁵⁾. Er meint⁶⁾, Inhalt und Grenzen der gesellschaftlichen Mitwirkungsbe-fugnisse bestimmen sich danach, ob ihre Ausübung objektiv geeignet sein kann, der Förderung des Gesellschaftszwecks zu dienen. Durch die Konzerneingliederung werde der Zweck des Unternehmens nicht berührt⁷⁾. Wenn der ursprüngliche Gesellschaftszweck fortbestehe, so bleibe auch die In-haltsbestimmung und Begrenzung für die Stimmrechte erhal-

1) Vgl. Großkomm. Gadow-Weipert, § 197 Anm. 15 für sub-jektive Betrachtung; anderer Ansicht Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 1 für objektive Betrachtung.

2) BGHZ 21/354

3) Vgl. Anm. von Mestmäcker in JZ 1957/179

4) Vgl. RGZ 132/149/163; Mestmäcker, Verwaltung S. 345

5) Vgl. über die berechtigten Bedenken Fischers in NJW 54/777, dies für alle Gesellschaften einheitlich zu untersuchen.

6) Küster, S. 89

7) Küster, S. 93

ten. Die Stimmausübung nach den Interessen des Konzerns und entgegen denen der eigenen Gesellschaft stelle nicht mehr die Ausübung einer Mitwirkungsbefugnis dar, die den Gesellschaftszweck fördert. Eine solche Stimmabgabe müsse anlässlich eines Gesellschafterbeschlusses außer Betracht bleiben. Die Majoritätsgewalt der Mehrheitsgesellschaft könne für die beherrschte Konzerngesellschaft die Gestaltung der Dinge nur innerhalb der eigenen Gesellschaft bestimmen. Ihre Bestimmungsgewalt finde seine Grenze dort, wo der Interessenkreis der eigenen Gesellschaft endet¹⁾.

Damit ist das Problem aber nicht gelöst. Der Zweck einer Gesellschaft, wie er in der Satzung umschrieben ist, und ihr Interessenkreis sind viel zu weite Begriffe, um damit etwa die Gültigkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung zu beurteilen. Die Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen der Obergesellschaft, die Ausrichtung der Unternehmenstätigkeit nach dem Konzerninteresse, ist überwiegend gesellschaftsfremd, zumindest kann erst die spätere Entwicklung zeigen, ob der Abschluß eines Organvertrages im Interesse der Untergesellschaft lag. Nach der Ansicht Küsters kann ein Konzerninteresse, wenn es dem Zweck der Gesellschaft oder deren Interessenkreis zuwiderläuft (es ist dabei noch gar nicht einmal gesagt, daß es die Untergesellschaft schädigt), nur selten berücksichtigt werden. Jede Gesellschaft verfolgt danach ihren eigenen Zweck und hat ihren eigenen Interessenkreis. Dieser bildet seiner Ansicht nach eine unüberwindliche Schranke für die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung. Jede Unternehmenszusammenfassung, die zwangsläufig auch nachteilige Folgen für die einzelne Gesellschaft hat, deren Zweck also zuwiderläuft, wird damit unmöglich gemacht. Dies läßt sich aber keinesfalls aus dem Aktienrecht ableiten.

1) Küster, S. 95

2) Der Ausgleichsanspruch der Minderheit

a) Die Berufung auf schutzwürdige Belange (§ 101 III AktG)

Die organschaftliche Eingliederung und die damit verfolgten Ziele sind in aller Regel die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen. Die Untergesellschaft soll den Zwecken des Organträgers dienen. Damit ist der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gesellschaftsfremd. Bereits vor Erlass des Aktiengesetzes hat man geprüft, ob die Schädigung einer Einzelgesellschaft und ihrer Aktionäre nicht durch die umfassenderen Konzerninteressen gerechtfertigt werden kann, und es herrschte die Meinung, daß die Untergesellschaft die Schädigungen in Kauf nehmen müsse, die durch die Konzerneingliederung entstehen¹⁾. Haussmann²⁾ meinte, daß das Interesse des Einzelaktionärs hinter den wirtschaftlich höherrangigen Belangen des Konzerns zurücktreten muß³⁾. Andere Stimmen wieder bejahten eine grundsätzliche Gleichwertigkeit von Konzern- und Minderheitsinteresse⁴⁾. § 197 II/2 in Verbindung mit § 101 III AktG gestattet die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen, wenn dies schutzwürdigen Belangen dient. Man hat seither ständig untersucht, ob die Verfolgung von Interessen des Konzerns "schutzwürdige Belange" im Sinne des § 101 III AktG sind. Die amtliche Begründung⁵⁾ meint, "es könne auf Grund dieser Vorschrift auch das Konzerninteresse berücksichtigt werden". Das Schrifttum⁶⁾ hat im Anschluß daran herausgearbeitet, daß Konzerninteressen insbesondere dann schutzwürdig seien, wenn eine die Konzerngesellschaft oder deren Aktionäre schädigende Maßnahme "vom Standpunkt des Konzerns aus eine wirtschaftlich gesunde und vernünftige Maßnahme sei". Aber was besagen diese Begriffe? "Schutzwürdige Belange", "berechtigte Konzerninteressen"

1) Vgl. zum ganzen auch Mestmäcker, Verwaltung S. 276/277

2) Tochtergesellschaft S. 54 ff.; Grundlegung S. 152

3) Vgl. auch Wieland, Kapitalgesellschaften S. 378

4) Rosendorff, Konzernorganisation S. 63; Hamburger, Organisationsgesellschaft S. 289

5) DRAnz Nr. 28 vom 4. 2. 1937

6) Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 10; Baumbach-Hueck, § 101 Anm. 4; Großkomm. Gadow, § 101 Anm. 8; Friedländer, Konzernrecht S. 137

sind völlig unbestimmbare Begriffe, und man kann damit nicht ermitteln, ob der Abschluß eines Organvertrages im Hinblick auf die Minderheit eine rechtlich erlaubte Wahrnehmung von Konzerninteressen oder die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile ist. Man will wirtschaftlich gesunden Konzernmaßnahmen nichts in den Weg legen und operiert mit den berechtigten ökonomischen Interessen des Konzerns, denen man die der Minderheitsaktionäre unterordnet. Dies geht aber nicht an, denn Konzerninteresse und Interesse der außenstehenden Aktionäre sind zwar nicht gleichrangig, aber vermögensrechtlich gleichwertig¹⁾. Erst im Anschluß an Hueck²⁾ hat sich eine andere Betrachtung durchgesetzt, und man vertritt die Ansicht, daß die außenstehenden Aktionäre von den Schädigungen der Konzerneingliederung durch Ausgleichszahlungen freizustellen sind³⁾. Beschlüsse der Hauptversammlung sind danach niemals in dem Sinne schutzwürdig, daß dadurch die Rechte anderer ersatzlos geschmälert werden dürfen⁴⁾. Wenn die Obergesellschaft aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus eine Rechts- und Interessenverkürzung der Minderheitsaktionäre vornimmt, so muß dies durch eine Ausgleichsleistung wettgemacht werden⁵⁾. Soweit der Konzern Entscheidungen wirtschaftlichen Charakters zu treffen hat, muß er sich allein von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen. Es ist ihm unbenommen, das Unternehmen der Tochtergesellschaft umzugestalten, ja stillzulegen. Es gilt nur das ökonomische Prinzip. Aber diese wirtschaftliche Verstümmelung kann auch eine Rechts- und Interessenverkürzung sein. Der Minderheitsaktionär braucht sich eine einseitige Vermögensschädigung nicht gefallen zu lassen. Die Maßnahmen sind nur dann nicht rechtswidrig, wenn eine Ausgleichsleistung an die Minderheitsaktionäre erfolgt; nur dann kann sich die Obergesellschaft auf schutzwürdige Belange berufen.

1) Vgl. Filbinger, S. 57 ff., der dies mit eingehender Begründung nachgewiesen hat.

2) RG-Praxis IV S. 175 Anm. 20, S. 179, S. 180 Anm. 34

3) Vgl. Rasch, S. 102 und S. 129 unter Hinweis auf Hueck; Flume, DB 1956/455; Würdinger, Aktienrecht S. 167

4) Rasch, Konzernrecht S. 127; vgl. auch RegE, Begründung S. 230

5) Filbinger, S. 67

Die Vermögensinteressen des Aktionärs sind geschützt, nicht aber die Modalität ihrer Verfolgung¹⁾.

Die Begründung der Ausgleichspflicht bleibt nach geltendem Recht problematisch²⁾. § 197 II AktG betrifft lediglich die Schranken des Stimmrechts durch das Verbot der Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft. Nach den oben dargelegten Meinungen müßte der Hauptversammlungsbeschluß, der einem Organvertrag zustimmt, eine angemessene Ausgleichsleistung für die Minderheitsaktionäre festlegen, um sich auf schutzwürdige Belange berufen zu können³⁾. Die Hauptversammlung der Organgesellschaft kann aber eigentlich den außenstehenden Aktionären keine Ausgleichsleistung zusichern, denn die Gesellschaft darf an die Aktionäre nur zahlen, was in der Bilanz als Reingewinn ausgewiesen ist (§§ 52, 54 AktG). Nicht die Untergesellschaft, sondern der Mehrheitsaktionär müßte zu einer Ausgleichsleistung rechtlich verpflichtet sein. Bei einem Mißbrauch des Stimmrechts schließt aber § 101 VII AktG eine unmittelbare Schadensersatzpflicht der Obergesellschaft aus.

b) Der Minderheitenschutz bei Umwandlung, Fusion und Liquidation und dessen rechtsanaloge Anwendung

Duden⁴⁾ und im Anschluß daran Mestmäcker⁵⁾ haben den Weg gewiesen, auf dem sich die Ausgleichspflicht des Großaktionärs noch näher begründen läßt. Das Organverhältnis ist hinsichtlich der Stellung der Minderheit dem Tatbestand bei der Fusion, der Umwandlung einer Aktiengesellschaft oder der Liquidation sehr ähnlich.

Eine Aktiengesellschaft kann nach dem Umwandlungsgesetz in eine o.H.G., eine K.G. oder eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durch Übertragung ihres Vermögens unter Ausschluß der Liquidation umgewandelt werden (§ 1 UmwG).

1) Vgl. Filbinger, S. 59/60

2) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 348

3) Vgl. Rasch, Konzernrecht S. 129

4) BB 1957/51

5) Mestmäcker, Verwaltung S. 352 ff.

Wenn sich dabei alle Aktien in der Hand der o.H.G. befinden (§§ 3 ff. UmwG), so bietet dies für unseren Fall keine Vergleichsmöglichkeit. Die Übertragung des Vermögens ist aber durch Mehrheitsbeschluß der Hauptversammlung auch dann möglich, wenn sich mehr als $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals in der Hand der o.H.G. befinden (§ 9 UmwG). Der Beschluß kann gegen den Willen der Minderheitsaktionäre gefaßt werden. Die ausscheidenden Aktionäre haben aber nach § 12 UmwG einen Anspruch auf eine angemessene Abfindung, ein Anspruch, den schon eine Minderheit von 5 % in einem besonderen Spruchstellenverfahren (§ 13 mit §§ 30 ff. UmwG) geltend machen kann. Es handelt sich also um einen Fall, bei dem die Mehrheit über die in der Aktie verkörperten Eigentumsrechte der Minderheit verfügen kann, wobei diese aber entschädigt werden muß.

Die Fusion bietet ein ähnliches Bild. Auch hier kann mit Zustimmung von mindestens einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Hauptversammlung (§ 234 II AktG) das Vermögen der Aktiengesellschaft auf eine andere Gesellschaft (§ 233 Ziff. 1) übergehen. Die Vermögensvereinigung erfolgt mit der Maßgabe, daß die Beteiligungen an dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft zu solchen an dem durch die Vereinigung geschaffenen Gesamtvermögen werden. Wenn eine Minderheit der Verschmelzung nicht zugestimmt hat, so wird damit auch über ihre Mitgliedschaftsrechte ohne ihren Willen verfügt. Das Gesetz stellt aber durch eine besondere Schadensersatzpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der übertragenden Gesellschaft sicher, daß die von der übernehmenden Gesellschaft gewährten Aktien einen angemessenen Ausgleich für den Verlust der Mitgliedschaft in der übertragenden Gesellschaft darstellen (§ 243 AktG). Vorstand und Aufsichtsrat sollen dadurch angehalten werden, die Vermögenslage der beiden Gesellschaften besonders eingehend zu prüfen, um eine Schädigung der Gläubiger und Aktionäre zu vermeiden.

Eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Hauptversammlung kann auch die Liquidation der Gesellschaft beschließen (§§ 203, 205 AktG) oder das Vermögen unter Auflösung der Gesellschaft auf

einen Dritten übertragen (§ 255 AktG). Es hat dann die Abwicklung unter Zugrundelegung der Eröffnungsbilanz (§ 211 AktG) zu erfolgen. Auch hier wird, wenn eine Minderheit überstimmt worden ist, ohne ihren Willen über den Bestand ihrer Mitgliedschaftsrechte verfügt. Die Minderheit kann aber gerichtliche Bestellung oder Abberufung der Abwickler erwirken (§ 206 II AktG) und damit eine neutrale Abwicklung erreichen, d. h. sicherstellen, daß sie nicht geschädigt wird¹⁾.

Bei der organschaftlichen Eingliederung wird zwar nicht über die Mitgliedschaftsrechte verfügt, aber diese Rechte werden zum Schaden der Minderheitsaktionäre ausgehöhlt²⁾. Inhalt der Mitgliedschaft ist einerseits die Beteiligung des Aktionärs an dem Gesellschaftsvermögen mit dem daraus entspringenden Anspruch auf Gewinn und auf den Liquidationserlös, andererseits die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte, die der Verfolgung der Vermögensinteressen dienen, so das Stimmrecht, das Recht auf Auskunft, das Anfechtungsrecht, ferner die in den §§ 88, 107 III, 125 VI, 127 II genannten Befugnisse. Die vermögensrechtliche Beteiligung des Minderheitsaktionärs hat die Obergesellschaft in ihrem materiellen Gehalt an sich gezogen³⁾. Das Vermögen der Gesellschaft und damit die Aktie, die sich als Anteil daran darstellt, ist fremdgenutzt⁴⁾. Der Gewinn der Gesellschaft wird in voller Höhe auf die Obergesellschaft übertragen und damit dem Minderheitsaktionär sein Anteilsrecht auf den Gewinn entzogen. Auch die reinen mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte werden durch die Eingliederung beeinträchtigt. Zwar können die außenstehenden Aktionäre auch weiterhin in der Hauptversamm-

1) Die Zwangseinzziehung von Aktien nach § 192 AktG eignet sich deshalb nicht zum Vergleich, da sie nur zulässig ist, wenn sie in der ursprünglichen Fassung vorgesehen oder vor dem Erwerb der Aktien durch Satzungsänderung gestattet war und somit die Aktienerwerber mit der Möglichkeit des Einzugs rechnen mußten.

2) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 351

3) Vgl. Wieland, Handelsrecht S. 607

4) Vgl. oben S. 9 ff.

lung abstimmen, Auskunft verlangen und von ihrem Anfechtungsrecht Gebrauch machen, aber diese Rechte sind praktisch gegenstandslos geworden. Sie stehen formal noch dem Minderheitsaktionär zu, sind ihrem materiellen Gehalt nach aber entfallen¹⁾.

Aus diesem Grund ist es angebracht, dem Minderheitsaktionär in rechtsanaloger Anwendung der oben beschriebenen Regelungen bei Fusion, Liquidation und Umwandlung einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich zu gewähren²⁾. Der außenstehende Aktionär erhält einen unmittelbaren Anspruch gegen die Obergesellschaft, die durch die organschaftliche Eingliederung unmittelbar begünstigt ist. Man kann der Begründung dieses Anspruchs nicht entgegenhalten, daß der Aktionär bei der Organschaft sein Mitgliedschaftsrecht behält, es aber bei Fusion, Liquidation und Umwandlung verliert. Zwar steht dem Aktionär sein Anteilsrecht noch formal zu, es wird aber inhaltlich geändert. Die organschaftliche Eingliederung erzielt wirtschaftlich gesehen ein ähnliches Ergebnis wie Fusion oder Umwandlung, die beherrschende Gesellschaft zieht das Vermögen der Untergesellschaft als Ganzes an sich.

c) Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären?

Vorstehend wurde gezeigt, daß die Minderheitsaktionäre eine Entschädigung erhalten müssen und den Anspruch darauf unmittelbar gegen die Obergesellschaft haben. Damit wird aber eine problematische Frage des Aktienrechts berührt, ob nämlich unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären überhaupt denkbar sind. Die Frage wird in der Literatur immer unter dem Gesichtspunkt untersucht, ob zwischen den Aktionären irgendwelche Treupflichten bestehen³⁾. Jede Treupflicht setzt ein irgendwie gestaltetes Rechts-

-
- 1) Mestmäcker, Verwaltung S. 351; vgl. RegE S. 226, der die Beeinträchtigung der Herrschaftsrechte hervorhebt.
 - 2) Mestmäcker a. a. O. S. 354; vgl. auch Duden, BB 1957/1234
 - 3) Vgl. die Entscheidungen des RG, die von einer Treupflicht der Aktionäre sprechen: RG 146/71; 146/385; 158/248; ferner die Literaturzusammenstellung bei Fechner, Treubindungen S. 37 Note 1

verhältnis zwischen den in Frage stehenden Personen voraus, denn eine Treupflicht kann nur im Hinblick auf einen anderen Menschen und innerhalb eines zu diesem bestehenden konkreten Verhältnisses verletzt werden¹⁾. Je mehr man an der Auffassung der Aktiengesellschaft als einer Körperschaft im strengen Sinn festhält, desto weniger wird sich ein solches Verhältnis feststellen lassen. In der juristischen Person als selbständigem Rechtsträger laufen alle Rechtsbeziehungen zusammen und schließen damit unmittelbare Beziehungen zwischen den Mitgliedern aus²⁾. Aus diesem Grunde sind die meisten Versuche, eine Rechtsbeziehung der Aktionäre untereinander zu begründen, bestimmt durch das Bemühen, den Gesellschaftscharakter der Aktiengesellschaft herauszustellen und daraus unmittelbare Beziehungen zwischen den Gesellschaftern abzuleiten. Dabei wird meistens an Wieland³⁾ angeknüpft, der lehrte, daß alle Handelsgesellschaften einheitlicher Natur seien. Sie seien alle Gesellschaften, soweit sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder ist, und juristische Personen, soweit sie nach außen als selbständige Rechtsträger behandelt werden⁴⁾. Danach ist die Aktiengesellschaft trotz juristischer Selbständigkeit nur die "Gemeinschaft der jeweiligen Mitglieder in ihrer gesellschaftlichen Verbindung"⁵⁾. Fechner⁶⁾ hat diese Meinungen, die eine Treupflicht auf die Gesellschaftstheorie im Aktienrecht stützen wollen, mit guten Gründen widerlegt. Es kann insoweit auf ihn verwiesen werden. Meinungen, die die Treupflicht aus der Volksgemeinschaft begründen wollten, gehören dem typisch nationalsozialistischen Gedankengut an, und es lohnt sich nicht, hier auf sie einzugehen. Fechner hat einen interessanten Versuch

1) Vgl. Fechner, Treubindungen S. 24; Hueck, Treuegedanke S. 12 und S. 19, der ein echtes Gemeinschaftsverhältnis verlangt.

2) Vgl. Hueck, Treuegedanke S. 14

3) Handelsrecht S. 389

4) Wieland, a. a. O. S. 425

5) Wieland, a. a. O. S. 397

6) Treubindungen S. 44/45

unternommen, die Treupflicht aus dem Unternehmen zu begründen¹⁾. Dieser Versuch kann auch hier weiterführen, denn als Essentiale der Organschaft wurde die Zuordnung eines Unternehmens erkannt²⁾. Jede Aktie begründet über die Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft hinaus auch eine Teilhabe am Unternehmen und gibt insoweit zwei Möglichkeiten. Der Aktionär kann sich auf die Leistung seiner Einlage und die Einkassierung der Dividende beschränken und damit völlig passiv bleiben, oder auf Grund seiner Rechtsstellung auch einen beachtlichen Einfluß auf das Unternehmen ausüben. Der Aktionär ist zunächst nur Geldgeber, und zwar in jederzeit aufgebbarer Weise, zugleich aber hat er die Möglichkeit der Mitarbeit an den wirtschaftlichen Aufgaben, kann gewissermaßen die Unternehmerfunktion übernehmen. Die Stellung des Aktionärs umspannt beide Möglichkeiten. Die Schwierigkeit, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären zu bejahen, liegt darin, daß man seine grundsätzliche Ungebundenheit als Mangel empfindet und die Eigenart seiner Stellung, die zu keinem aktiven Tun verpflichtet und jederzeit aufgegeben werden kann, eine Bindung unmöglich zu machen scheint. Solange sich der Aktionär auf eine rein vermögensrechtliche Teilhabe beschränkt, bleibt er von Treubindungen frei. Dies ändert sich aber, wenn er in die Geschicke des Unternehmens eingreift, wenn er "unternehmerisch" tätig wird und damit von seiner Rechtsmacht Gebrauch macht, auf den Personen- und Sachkomplex des Unternehmens einzuwirken. Der Großaktionär, der in der Hauptversammlung den Abschluß eines Organvertrages durchsetzt, verfügt kraft seiner ihm eingeräumten Rechtsmacht als Teilhaber an dem Unternehmen über dieses selbst. Er verändert damit auch die Mitgliedschaftsrechte der Minderheitsaktionäre an diesem Unternehmen, insoweit ist seine Herrschaft über den Sachen- oder Vermögenskomplex des Unternehmens wieder Herrschaft über Menschen; er bindet mit seinem Mehrheitsbeschluß den Willen der Minder-

1) Treubindungen S. 62 ff.

2) Vgl. oben S. 9 ff.

heitsaktionäre. Aus diesem Verhältnis, das dem Großaktionär Einwirkungsmöglichkeit auf Personen (mittelbar über den Sachbestand) gibt, folgt aber unmittelbar eine Treupflicht gegenüber diesen Personen¹⁾. Damit soll nicht gesagt sein, daß sich die Entschädigungspflicht der Orgengesellschaft unmittelbar auf diese Treupflicht gründen läßt; sie wurde vielmehr aus der "Verfügung" über die Mitgliedschaftsrechte begründet, aber es ist jedenfalls damit gezeigt, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären möglich sind, der Ausgleichsanspruch nicht an der Unmöglichkeit solcher Beziehungen scheitert²⁾.

III. Der Inhalt des Ausgleichsanspruchs und die Regelung des Regierungsentwurfs

Der Regierungsentwurf sieht in den §§ 293 ff. Vorschriften zur Sicherung der außenstehenden Aktionäre vor³⁾. Er folgt darin dem oben herausgestellten Grundsatz, daß den außenstehenden Aktionären ein angemessener Ausgleich gewährleistet werden muß, und legt fest, daß dies in einer Art Rente durch eine auf die Aktiennennbeträge wiederkehrende Geldleistung zu geschehen hat (§ 293 I RegE). Für die Höhe der Ausgleichszahlung wird in § 293 II eine feste und eine veränderliche Bemessungsgrundlage vorgesehen. Der Vertrag kann die eine oder andere Form festlegen, die Aktionäre haben kein Wahlrecht. Wenn man zunächst einmal nur die feste Bemessung betrachtet, dann geht der Entwurf von dem Grundsatz aus, daß der Minderheitsaktionär als Ausgleich mindestens den Betrag erhalten soll, der sich als sein Anteil ergäbe, wenn die Orgengesellschaft als selbständiges Unternehmen geführt worden wäre. Dies entspricht dem Eingriff in die Rechte der Aktionäre, die so gestellt werden müssen, als bestünde die Orgengesellschaft als selbständiges Unternehmen weiter⁴⁾. Entscheidend ist, was die Gesellschaft nach

1) Vgl. Fechner S. 88

2) Vgl. Duden, BB 1957/1235

3) Im wesentlichen übereinstimmend mit §§ 280 ff. RefE

4) Vgl. Ballerstedt, DB 1957/841; Mestmäcker, Verwaltung S. 356

ihrer bisherigen Ertragslage und nach den Gewinnaussichten, die sie künftig als frei am Markt stehendes Unternehmen unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen als verteilbaren Gewinn hätte erwirtschaften können. Der Entwurf bemißt die Ausgleichszahlung damit bewußt nicht nach der Dividende, die die Aktionäre in der Organgesellschaft vermutlich erhalten hätten. Er weicht von der Bemessungsgrundlage, die ohne Organvertrag bestünde, in einem wesentlichen Punkt ab. Während sich sonst die Gewinnaussichten des Aktionärs dadurch mindern, daß jedes Unternehmen zur Bildung freier Rücklagen für Investitionen und als Sicherung gegen Rückschläge gezwungen ist, bleibt die freie Rücklagenbildung bei der Bemessung des Ausgleichs außer Betracht. Diese Abweichung ist sachgerecht, denn in der selbständigen Aktiengesellschaft stärken gerade die thesaurierten Gewinne die Vermögenssubstanz der Gesellschaft, und die Teilhabe des Aktionärs an dem nicht ausgeschütteten Teil des Ertrages ist dadurch gewahrt, daß diese Beträge als Gesellschaftsvermögen gebunden bleiben und der Aktionär daran mitbeteiligt ist. Bei der Organgesellschaft ist lediglich der Bestand des Vermögens gewährleistet, das nach den Vorschriften über die Vermögensbildung zwingend gebunden ist¹⁾. Mit der Bildung freier Rücklagen ist bei der Organgesellschaft in aller Regel nicht zu rechnen. Deshalb müssen die Minderheitsaktionäre an dem gesamten Ertrag teilhaben, der ohne die Eingliederung angefallen wäre. Wollte man die voraussichtlich zu erwartende Dividende als Grundlage für die Ausgleichsleistung nehmen, so würde man außerdem damit die Höhe des Ausgleichs der verpflichteten Mehrheit selbst überlassen, da diese über die Dividende beschließt.

Der Entwurf sieht auch eine veränderliche Bemessung des Ausgleichsanspruchs dann vor, wenn der andere Vertrags- teil eine Aktiengesellschaft ist. Für diesen Fall kann der Ausgleichsanspruch auch nach den Gewinnanteilen bestimmt werden, die auf Aktien der herrschenden Gesell-

1) Vgl. oben S. 65 ff.

schaft mit entsprechendem Nennbetrag entfallen. Der Nennbetrag bestimmt sich dann nach dem Umtauschverhältnis, das bei einer Verschmelzung beider Gesellschaften angemessen wäre. Diese Art des Ausgleichs ist auch in der herrschenden Praxis äußerst verbreitet, indem man dem Minderheitsaktionär eine Dividende garantiert, die entweder genauso hoch ist wie die der Obergesellschaft oder aber sonstwie an der Dividende der herrschenden Gesellschaft orientiert ist¹⁾. Die außenstehenden Aktionäre werden durch diese Regelung so behandelt, als hätten die beiden Gesellschaften fusioniert, eine Gleichstellung, die der Organeingliederung wirtschaftlich sehr nahekommt. Man möchte daher annehmen, daß diese Regelung nur konsequent ist. Man hat sie offensichtlich in den Entwurf aufgenommen, um mit der bislang herrschenden Praxis nicht zu brechen. Trotzdem bestehen gegen diese Art des Ausgleichs erhebliche Bedenken. Die Rechte der Minderheitsaktionäre werden damit in die Verfügung der Obergesellschaft gestellt, auf deren Dividendenpolitik die Minderheit nicht den geringsten Einfluß hat. Zwar besteht nach den Vorschriften über die Verschmelzung eine gewisse Gewähr dafür, daß die Minderheitsaktionäre bezüglich der Bemessungsgrundlage, nämlich dem Umtauschverhältnis der Nennbeträge, nicht benachteiligt werden, aber es bleibt der Obergesellschaft unbenommen, aus besonderen Gründen geringe Gewinne auszuschütten, freie Rücklagen einzufrieren und damit die Vermögenssubstanz der Obergesellschaft zu stärken, woran ihre eigenen Aktionäre teilhaben, nicht aber die Minderheitsaktionäre der Organgesellschaft. Es besteht nach diesem Verfahren dann nicht die Gewähr dafür, daß die Aktionäre eine Ausgleichszahlung erhalten, die der Höhe nach der festen Entschädigung nach § 293 II/1 RegE entspricht. Die freien Aktionäre sind bei der Regelung nach § 293 II/2 RegE nicht davor geschützt, daß die Obergesellschaft durch Hauptversammlungsbeschlüsse ihre Kapitalstruktur grundlegend ändert, zum Beispiel eine bevorzugte Aktiengattung schafft (Dividendenbevorzugung),

1) Vgl. Rasch, Konzernrecht S. 69, S. 87, S. 214; Zartmann, BB 1952/354; Würdinger, Aktienrecht S. 211

wodurch auch die Dividende und mithin die Rechte der außenstehenden Aktionäre beeinträchtigt werden. Ist die Obergesellschaft ihrerseits wieder von einer anderen Gesellschaft beherrscht, so liegt die Dividendenpolitik nicht einmal in der Hand der vertragschließenden Obergesellschaft, und es kommt ein weiterer Unsicherheitsfaktor in eine Ausgleichsleistung, die ihrem Wesen nach inhaltlich fest bestimmt ist.

Dieser Form der Ausgleichszahlung nach § 293 II/2 RegE stehen auch noch andere Gründe entgegen. Systematisch läuft sie auf die Anerkennung der konzernrechtlichen Einheitstheorie hinaus. Die Minderheitsaktionäre sollen so behandelt werden, als seien sie Aktionäre der Obergesellschaft. Die konsequente Durchführung dieses Gedankens macht aber unüberwindliche Schwierigkeiten. Soll man den Aktionären ein Stimmrecht in der Hauptversammlung der Obergesellschaft einräumen? Wie wird in diesem Fall die gesetzliche Mehrheit berechnet¹⁾? Es wäre daher angebracht, diese Form der Ausgleichsleistung aus dem Entwurf zu streichen oder sie jedenfalls nur dann zuzulassen, wenn die beteiligten Minderheitsaktionäre zustimmen. Es sollte nicht der Mehrheit überlassen bleiben, welche Art des Ausgleichs sie im Vertrag vorsieht.

Wenn ein Organvertrag überhaupt keinen Ausgleich vorsieht, dann ist er nach § 293 III/1 RegE nichtig²⁾. Man könnte zwar daran denken, statt der Nichtigkeit des Vertrages die Wirksamkeit des erforderlichen Hauptversammlungsbeschlusses von der Zustimmung der verletzten Aktionäre abhängig zu machen, weil nur ihre Interessen verletzt werden. Aber es geht nicht nur um den Schutz der gegenwärtigen Aktionäre, sondern auch um den der später eintretenden (bei Veräußerung der Aktie durch den Minderheitsaktionär). Es würde sich sonst nur die unangenehme Frage ergeben, ob die Zustimmung des bei Vertragsschluß

1) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung S. 358

2) Insoweit abweichend von § 280 III RefE, der auch für diesen Fall nur die Möglichkeit einer Festsetzung durch die Spruchstelle vorsah.

vorhandenen Aktionärs auch gegenüber seinem Nachfolger wirkt oder nicht¹⁾. Für den Fall, daß die Organgesellschaft bei Vertragsabschluß keine Minderheitsaktionäre hat, ist eine Ausgleichsleistung nach § 293 I/3 RegE entbehrlich, denn die später eintretenden Aktionäre sind dadurch geschützt, daß nach § 296 RegE mit ihrem Eintritt der Vertrag endet. Wenn aber freie Aktionäre vorhanden sind, so müssen auch deren Nachfolger geschützt werden durch Sicherstellung eines Ausgleichsanspruchs, und es ist deshalb richtig, beim Fehlen jeglichen Ausgleichs - abgesehen vom Fall der 100 %-igen Beherrschung - die Nichtigkeit des Vertrages vorzuschreiben.

Ist dagegen ein Ausgleichsanspruch im Vertrag bestimmt, dieser nur unangemessen, so ist der Vertrag deshalb nicht nichtig, und auch die Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung (§ 282 I RegE) ist nach ausdrücklicher Vorschrift nicht möglich (§ 293 III/2 RegE), sondern der angemessene Ausgleich ist gerichtlich festzusetzen. Das Verfahren ist in § 295 RegE geregelt²⁾. Dies dient dem Interesse der Beteiligten, die nicht wollen, daß der Vertrag nichtig ist. Es soll eine angemessene Ausgleichsleistung an die freien Aktionäre gewährleistet sein, nicht aber der Vertrag im ganzen aus der Welt geschafft werden. Die Stellung eines entsprechenden Antrags ist nach § 293 IV RegE auf 2 Monate seit Bekanntmachung der Handelsregistereintragung (§ 283 RegE) befristet. Die gerichtliche Feststellung eines angemessenen Ausgleichs kann den anderen Vertragsteil belasten, und § 293 V gibt ihm daher das Recht, den Vertrag binnen 2 Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung fristlos zu kündigen.

Durch die Ausgleichsleistung nach § 293 RegE kann nur etwa der Vermögensnachteil ausgeglichen werden, den ein freier Aktionär durch die organschaftliche Eingliederung

1) Vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 44 für die Fälle sonstiger Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte durch Mehrheitsbeschuß.

2) Etwas abweichend von § 282 RefE.

erleidet. Aber auch die Mitverwaltungsrechte des Aktionärs werden weitgehend beeinträchtigt. Es kann auch sein, daß ein Aktionär nicht damit einverstanden ist, daß er an Stelle eines echten Gewinnanteils eine "Rente" bekommt, und dazu von einem Unternehmen, auf dessen Geschäftsführung er keinen Einfluß hat. Dies gilt insbesondere von der problematischen Ausgleichsleistung nach § 293 II/2 RegE, wo sein Ausgleich nach der Gewinnausschüttung des herrschenden Unternehmens orientiert ist. Es ist daher sachgerecht, wenn der Entwurf in § 294 dem Aktionär die Möglichkeit gibt, seine Aktien gegen eine angemessene Abfindung abzustößen. Der freie Aktionär muß zwar dulden, aber er kann liquidieren. Der RefE sah in § 281 wahlweise eine Barabfindung oder die Gewährung von Aktien der Obergesellschaft vor. Demgegenüber differenziert der Entwurf für den hier allein interessierenden Fall, daß die Obergesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, zwischen abhängiger und unabhängiger Gesellschaft. Bei unabhängiger Muttergesellschaft (vgl. § 16 RegE) muß der Vertrag die Abfindung durch Gewährung eigener Aktien vorsehen (§ 294 II/1). § 68 I/3 ermöglicht für diesen Fall ausdrücklich den Erwerb von eigenen Aktien. Selbstverständlich ist auch eine Barabfindung möglich, wenn die freien Aktionäre darauf eingehen. Bei einer abhängigen Obergesellschaft kann die Abfindung in Aktien der herrschenden Gesellschaft oder in einer Barabfindung bestehen, wenn die Obergesellschaft wiederum von einer Aktiengesellschaft abhängig ist. Ist dies nicht der Fall, dann muß der Vertrag eine Barabfindung vorsehen (§ 294 II/2 und 3 RegE). Man will die Minderheitsaktionäre nicht mit Aktien der Obergesellschaft abfinden lassen, wenn diese ihrerseits wieder beherrscht wird. Man kann fragen, ob man grundsätzlich in Aktien oder Bargeld abfinden soll. Am besten wäre natürlich den Interessen der Minderheit gedient, wenn sie jeweils die Wahl zwischen Aktien- und Barabfindung hätte. Eine Barabfindung kann aber unter Umständen zu einer schweren Belastung der Obergesellschaft führen, eine Aktienabfindung hat den Vorteil, daß sie die Liquidität der Obergesellschaft schont und dem Aktionär die Beteiligung an einer

Gesellschaft erhält, die seiner Gesellschaft wirtschaftlich sehr nahe steht. Wenn eine Gesellschaft die Abfindung in Aktien nicht will, so kann sie entweder den Ausgleichsanspruch nach § 293 RegE so attraktiv gestalten, daß die Aktionäre nicht von ihrem Abfindungsrecht Gebrauch machen, oder aber eine entsprechend hohe freiwillige Barabfindung anbieten. Man wird daher die Lösung des Entwurfs in diesem Punkt als sachgerecht bezeichnen müssen.

Für die Höhe der angemessenen Abfindung wird bei Aktien wie in § 293 II/2 und 3 RegE das bei einer Verschmelzung maßgebende Umtauschverhältnis genommen. Dies ist wieder ein deutlicher Hinweis, wie nahe die organschaftliche Eingliederung einer Fusion steht. Es ist nicht näher bestimmt, wann eine Barabfindung angemessen ist, aber man wird für diesen Fall die zu § 12 UmwG entwickelten Grundsätze entsprechend heranziehen können. Dort richtet sich die angemessene Abfindung nach dem Wert, den das übernommene Unternehmen als lebende wirtschaftliche Einheit unter Berücksichtigung des inneren Geschäftswertes hat, d. h. also, daß die immateriellen Werte wie Kundschaft, Firmenwert usw. bei der Bewertung zu berücksichtigen sind. Verbindlichkeiten des Unternehmens sind von dem ermittelten Wert abzuziehen. Die Höhe der Abfindung bestimmt sich also unter gleichwertiger Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Vermögenssubstanz und der Ertragslage des übernommenen Unternehmens. Die praktische Durchführung dieser Bemessungsgrundsätze wird im Einzelfall oft außerordentlich schwierig sein, man denke nur daran, welche Rolle bei Bewertung der Vermögenssubstanz neben den in der Bilanz ausgewiesenen offenen Rücklagen die stillen Rücklagen spielen, die auch bei der Ermittlung der "angemessenen Abfindung" zu berücksichtigen sind¹⁾.

1) Vgl. § 12 und § 13 Anm. I Ziff. 2, Veith-Börnstein in Komm. zum UmwG

Lebenslauf

Am 24. September 1935 wurde ich als erstes Kind der Eheleute Max und Magdalena (geb. Ernst) Vogt-Vilseck in München geboren.

Von September 1942 bis Juli 1946 besuchte ich die Volksschule in Gauting. Schon ab Januar 1945 wurde ich durch einen Privatlehrer unterrichtet, der mich auf den Besuch einer höheren Schule vorbereitete. Im Februar 1948 trat ich in die 2. Klasse des Humanistischen Gymnasiums München-Pasing ein und legte dort im Juni 1954 meine Reifeprüfung ab.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München vom Wintersemester 1954/55 bis zum Wintersemester 1957/58 bestand ich am 29. Juli 1958 die erste juristische Staatsprüfung mit der Gesamtnote "gut".

Seit 10. 9. 1958 leiste ich meinen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk München ab.

